J. rom. m.
248.40

From Mat. 248 ha

Hesse

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Die
Cautio damni infecti

nach römischen Prinzipien

und in ihrer

heutigen Anwendung und Anwendbarkeit

dargestellt

von

Chr. August Hesse.

Zweite
nach dem von der Juristenfacultät zu Jena mit dem Preis gekrönten lateinischen Original übersetzte und vermehrte
Auflage.

Leipzig,
Verlag von Aug. Taubert,
1841.

30. J5.

Bayerische Staatsbibliothek München

Nil laudis causa facito: et tamen omnia, laudem
Quae tibi conciliare queunt, ea sedulus aude.

Muretus.

Druck von Sturm und Koppe in Leipzig.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Sr. Herzoglichen Durchlaucht

Herrn

Joseph

regierendem Herzog zu Sachsen=Altenburg

dem

erhabenen Beschützer und edlen Beförderer

der

Künste und Wissenschaften

in

tiefster Ehrfurcht gewidmet.

Durchlauchtigster Herzog!

Gnädigster Fürst und Herr!

Ew. Herzogl. Durchlaucht diese zweite, größere Bearbeitung eines juristischen Thema als ein Opfer der Huldigung zu weihen, gebietet das Gefühl der Dankbarkeit für die hohe Gnade, mit welcher Höchstdieselben den ersten, schwachen Versuch über denselben Gegenstand aufzunehmen geruhten, fordert die Ueberzeugung von dem erhabenen Fürstensinne, welchen Ew. Durchlaucht in der huldvollen Aufmerksamkeit für alle wissenschaftlichen Bestrebungen so herrlich an den Tag legen.

Erfüllt von den Gefühlen tiefster Ehrfurcht und innigster Dankbarkeit verharre ich

Ew. Herzogl. Durchlaucht

Roda, am 23. März 1838.

unterthänigster

Hesse.

Vorrede.

Der am Ende dieser Abhandlung beigefügte Rechtsfall mag vielleicht die Veranlassung gewesen sein, daß die Juristenfacultät zu Jena im Jahr 1836 die Preisfrage stellte:

„Wer nach römischen Rechtsprincipien die cautio damni „infecti fordern könne und leisten müsse, unter welchen „Bedingungen sie Statt finde, und namentlich ob „sie subsidiär sei?"

Ich war, fast wider Erwarten so glücklich, mit meiner eingereichten, sehr gedrängten Abhandlung nicht nur den ersten Preis zu erhalten, — was hie und da wirklich keine Kunst sein soll —; sondern auch mich eines höchst günstigen Facultätsurtheiles zu erfreuen. Die darin enthaltene Aufmunterung und zugleich das demüthigende Selbstbewußtsein, wie viel die genannte commentatio de cautione damni infecti, ex jure Romano; Jenae, ex officina Braniana, MDCCCXXXVII. noch zu wünschen übrig lasse, riefen in mir den Entschluß hervor, diese civilistische Abhandlung durch Uebertragung ins Deutsche zugänglicher, durch ausführlichere Bearbeitung vollständiger, durch mancherlei Zusätze interessanter und brauchbarer zu machen. In diesem Unternehmen kam mir die Göthe'sche Buchhandlung entgegen. Indessen veranlaßten nicht nur die angegebenen Momente, sondern auch die Ueberzeugung, daß die

cautio damni infecti von practischer Bedeutung noch ist und sein wird, zu dieser zweiten Bearbeitung. Den Beweis, daß diese Ueberzeugung gegründet sei, führe ich durch den angefügten Rechtsfall und durch Beziehung auf Schilter, praxis jur. Rom. in foro. german., exerc. XLII. §. 39. Dazu kam noch der Umstand, daß wir über die cautio damni infecti wenig Erschöpfendes oder Genügendes haben. Abgesehn von den ältern Schriftstellern über diese Lehre, Donell, Bynkershoek, Voet, Westphal, seit denen in der Jurisprudenz doch mancher Fund gemacht worden ist, erinnere ich mich nur einer Monographie von Marbach de cautione damni infecti, Arg. 1702 [1]), welche ich aber trotz aller angewandten Mühe nicht auftreiben konnte und vergriffen und vergessen zu sein scheint, dann einer Dissertation von Reizenstein über die Controverse, ob der b. f. possessor die Kaution fordern könne, und einiger anderer Schriftchen über einzelne Theile unseres Thema. Deshalb mag sich wohl ein neuer Versuch über diese karg behandelte Materie entschuldigen lassen.

Endlich aber liegt die cautio selbst noch sehr im Argen, erfreut sich meines Bedünkens noch nicht des erforderlichen Lichtes, und die Juristen sind darüber sehr verschiedener, oft fast wunderlicher Meinung, was sich sehr leicht erklären läßt, da, wie eben erwähnt worden, unsere Kaution noch wenig Bearbeiter gefunden hat, auf der andern Seite sie aber manche Schwierigkeiten darbietet und namentlich die Quellen, (z. B. der Titel de damno infecto) sehr dunkel und verwickelt sind und der von Justinian angerühmten „una concordia et consequentia“ zu ermangeln scheinen.

Wenn ich nun bei dieser neuen Bearbeitung oft auch auf deutsch rechtliche Bestimmungen Rücksicht nahm, so geschah dies theils deshalb, weil es nicht uninteressant ist, ihre Aehnlichkeit

---

1) Noch älter und unbekannter ist *Georg Engelbrecht, de cautione damni infecti. Helmst.* 1693.

mit römischen Grundsätzen und ihre Abstammung von diesen zu verfolgen, theils weil es mir nicht unerheblich schien, die Anwendbarkeit der Kaution bei uns nach ihnen zu begrenzen und zu bestimmen.

Was endlich die Hinzufügung eines Rechtsfalles betrifft, so bedarf diese wohl kaum einer Rechtfertigung. Die darin ergangenen Erkenntnisse behandeln gerade die schwierigsten Fragen, bestätigen die heutige Anwendbarkeit und besprechen und erläutern die Regeln über die Anwendung der cautio damni infecti.

Somit gebe ich denn diesen ersten, selbstständigen Versuch meiner literarischen Thätigkeit dem Urtheil des Publikums anheim, mit der Ueberzeugung, daß trotz meiner Bemühung doch manches Mangelhafte sich noch finden wird, aber auch mit der Erklärung, daß gerechter Tadel mich nicht beleidigen, unbilliger hingegen gar nicht berühren wird.

Roda, den 23. März 1838.

Der Verfasser.

Uebersicht und Inhalt des Ganzen.

Erstes Kapitel: Einleitung.

Zweites Kapitel: Eigenthümlichkeiten — Letztes Prinzip der *cautio damni infecti*.

Drittes Kapitel: Geschichtlicher Ueberblick der Rechtsmittel wegen *damnum infectum — noxae datio — legis actio per judicis postulationem — cautio damni infecti*.

Viertes Kapitel: Allgemeines über die *cautio d. inf. — stipulationes praetoriae* — Verfahren — *jusjurandum calumniae*.

Fünftes Kapitel: Einzelne Fälle der Anwendung unserer Kaution. *aedium — loci — operis vitium*.

Sechstes Kapitel: Verschiedenheit der Kaution rücksichtlich des Verpflichtungsgrundes. — Kaution aus dem Edict — Conventionalkaution — *paries communis*.

Siebentes Kapitel: Bedingungen und Voraussetzungen der Kaution.

§. 1. Vom *damnum futurum*. — Verfahren — Interdict — *in factum actio* bei *damnum factum*.

§. 2. *damnum, quod injuria fit*.

§. 3. Ueber die Subsidiarität der Kaution.

§. 4. *praedia vicina*.

Achtes Kapitel: Wer kann die Kaution fordern? — Auch der *b. f. possessor?*

Neuntes Kapitel: Wer ist verpflichtet, die Kaution zu leisten? — *propter aedium et loci — propter operis vitium*.

Zehntes Kapitel: Wirkungen der geleisteten Kaution. — *actio ex stipulatu* — Uebergang derselben auf die *successores promittentis et stipulantis*.

Elftes Kapitel: Wirkungen der verweigerten Kaution. — *propter operis vitium — propter aedium et loci vitium — missiones*.

Zwölftes Kapitel: *actio in factum* bei nicht geleisteter Kaution.

Dreizehntes Kapitel: Anhang. Rechtsfall und Erkenntnisse.

Erstes Kapitel.

Einleitung.

Die Römer wußten nichts von einer moralischen Person des Staates, wie wir sie uns — gewisser Maaßen im Gegensatz zu den Staatsgliedern 1) — vorstellen. Viele Rechte, welche wir einer solchen idealen Person zuschreiben, genoß das römische Volk 2) selbst; viele Befugnisse, welche wir einem Staatsbeamten vermöge einer ihm beiwohnenden besondern Gewalt beilegen, standen dem römischen Bürger als solchem zu.

Daraus erklärt sich vielleicht die große Menge der Beamten bei den Römern, welche der Privatrechtspflege vorstehen, neben der geringen Anzahl von Kriminal- und Polizeibeamten u. s. w; denn während sich die Privatrechtspflege in den Händen der Consuln, des Stadtpräfecten, der Prätoren, der Privatrichter, des Centumviralgerichts befand 3), während dem Aerarium, wie dem Militärwesen Präfecten vorstanden; finden wir nur den **praefectus urbi** 4), den **praefectus vigilum** 5), die **quinque viri** 6), den

---

1) Man vergleiche z. B. die Definitionen unserer Juristen von öffentlichem Recht und die der Römer vom *jus publicum in l. 1. §. 3. D. 1. 1.*

2) Es heißt nirgends *majestas civitatis* oder *reipublicae*, sondern *majestas populi*.

3) Schweppe, Rechtsgeschichte, §. 176.

4) *Qui nummularios, carnem omnem, quietem popularium, disciplinam spectaculorum curaret; tot. tit. D. de off. praef. urbi.* 12. 1.

5) *l. 3. D. de offic. vigil.* 1. 15. Schweppe a. a. O. §. 190—191.

6) *Qui nocturno tempore turbis, facinoribus, incendiis occurerent.*

praefectus annonae und die **curatores operum publicorum, aquarum, viarum** als Verwalter der Kriminalrechtspflege und einzelner Zweige der Polizei. Für die übrigen Zweige fehlten Beamte ganz, und die Thätigkeit der vorhandenen war häufig noch durch Anträge eines Bürgers bedingt. Auf der Bürger Patriotismus beruhte, so lange Rom sich noch nicht durch seine weltberühmten Laster geschändet hatte, das Glück und Wohl des römischen Staates.

In der oben ausgesprochenen Behauptung liegt wohl endlich auch der Grund, warum die Römer Vieles auf dem Rechtswege, durch gewöhnliche Klagen u. s. w., verfolgten, wo bei uns schon von Amtswegen, durch polizeiliche Maaßregeln u. dgl. geholfen wird. Wenn daher das Gemeinwohl bedroht war, so hatte nicht nur derjenige, welcher zunächst der Gefahr ausgesetzt war, sondern auch jeder Bürger, welcher die Gefahr bemerkte, eine Klage gegen den Urheber derselben. Dies sind die Popularklagen, welche Paulus also definirt [7]): „**Sunt actiones, quae suum jus populo tueantur.**“ Eben so heißt es auch von den Interdicten, daß sie sich theils auf das öffentliche Wohl bezögen, theils zum Schutz der Privatrechte da wären [8]). Endlich giebt es auch noch manche andere Klage, deren Existenz und Stellung im römischen Klagensystem sich aus dem genannten Gesichtspunkte leicht erklären läßt. Und da in's Besondere das Bauwesen der Privaten keiner obrigkeitlichen Beaufsichtigung unterworfen war, so gab es zur Abwendung der Nachtheile, welche hieraus entstehen konnten, nicht nur Interdicte [9]), sondern auch gewöhnliche Klagen, von denen uns vorzugsweise die **novi operis nuntiatio** [10]) und die **damni infecti actio** interessiren.

---

7) *l.* **1.** *D. de popul. action.* **47. 23.**

8) *l.* **1.** §. **15.** *D. de cloacis,* **43. 23.** *l.* **2.** §. **1.** *D. de interdict.* **43. 1.**

9) *Ne quid in loco sacro fiat,* ***D.*** **43. 6.** *Ne quid in loco publ. vel itinere,* ***D.*** **43. 6.**

10) *l.* **1.** §. **12.** *et* **14.** *D. de op. nov. nuntiat.* **39, 1.**

Schon frühzeitig aber wurde das Bauwesen in den meisten Staaten obrigkeitlicher Aufsicht unterworfen; es entstanden Baugerichte mit einem eigenthümlichen Verfahren, Baucommissionen, welche ex officio schon dafür sorgen mußten, daß nicht durch unvorsichtiges Bauen und durch Vernachlässigung der Gebäude dem Privat- oder Gemeinwohle Nachtheil erwachse; es erschienen Bauverordnungen[11]), welche die Rechte und Pflichten der Privaten hinsichtlich des Bauwesens bestimmten, und welche unter Andern auch verordneten, daß, „wenn Häuser oder auch nur eine Mauer oder Wand, der Gasse oder dem Nachbar zu, so baufällig und überhängend wär', daß zu besorgen, dieselbige einfallen, und den Nachbaren an ihren Häusern ꝛc. Schaden zufügen möchte, so solle, wenn deshalb Klage geführt würde, dem Eigenthumsherrn solches Hauses auferlegt werden, bei Strafe von fünf Gülden innerhalb von 14 Tagen oder 4 Wochen (oft eines Vierteljahrs) die baufällige Mauer oder Wand dermaßen herzustellen, daß kein Schade mehr zu besorgen[12]).“

Da nun viele ältere und neuere Juristen der Meinung sind, daß die cautio damni infecti bloß bei baufälligen Gebäuden, Mauern und Wänden Statt habe, wo die drohende Gefahr durch die Obrigkeit ex officio, oder durch ein Gesuch um ein Pönalmandat abgewendet werden könne, so halten sie auch dieselbe für ganz unpractisch, ja wohl unzulässig[13]). Wir werden aber bald sehen, daß der Gebrauch der cautio damni infecti viel ausgedehnter ist, und daß sie namentlich auch in Fällen Platz greift, wo noch jetzt andere Rechtsmittel nicht vorhanden oder weniger zweckdienlich sind.

---

11) Schon im *Codex juris Alemanici, cap.* 234. Sächsisches Landrecht, *Lib. III.* Art. 66.

12) Bauordnung der Stadt Ulm. *Tit. V.* Art. *II.*

13) Dafür, daß sie noch heut' im Gebrauch sei, entscheiden sich: *Menken, systema jur. civ. sec. pand. h. t.* §. 8. *Schilter in prax. jur. Rom. Exerc.* 42. §. 38. *Hellfeld, jurispr. for. edit.* 4. §. 1682. Lauterbach, im *colleg. theor. pract.*, und Stryk im *usus modern.*

So hatten wir denn kurz die Stellung und Bedeutung unserer Kaution im römischen Rechte angegeben; ihr heutiger Standpunkt und Werth mußte hier noch kürzer angedeutet, und kann erst am Schlusse dieser Abhandlung völlig erkannt werden. Wir werden daher im zweiten Kapitel das Verhältniß zu betrachten haben, in welchem sie in Sonderheit zu andern Klagen steht, welche ebenfalls, wie sie, auf Schadensersatz gerichtet sind.

Zweites Kapitel.

Eigenthümlichkeiten — Letztes Princip der *cautio damni infecti.*

Durch die cautio damni infecti wird die Verbindlichkeit zu Schadensersatz begründet; während aber die meisten Klagen auf Schadensersatz bei schon vorhandenem Verlust allein Statt finden, hat die Kaution das Eigenthümliche, daß sie schon wegen eines zukünftigen, zu befürchten stehenden Schadens gefordert werden darf, daher cautio damni *infecti* [1]). Aber auch hinsichtlich des Entstehungsgrundes und der Veranlassung des Schadens hat die Kaution manches Besondere.

Unter Schaden, damnum, verstehen wir nämlich jeden Vermögensnachtheil, welchen wir durch Verletzung oder Störung eines uns zustehenden Rechts erleiden [2]). Die Urheber desselben sind Zufall, andere Menschen, oder Sachen (Sclaven, Thiere, Gebäude ꝛc.), welche deren Gewalt unterworfen sind. Donell. Com. IX. 9. §. 6. Die Art und Weise aber, den uns durch diese zugefügten Schaden

---

1) *l. 2. D. h. t. „damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur."* Vergl. noch Kap. 7. §. 1.

2) *„Damnum et damnatio ab ademtione et quasi deminutione patrimoni dicta sunt —" l. 3. D. eod.* Mühlenbruch, *doctrin. pand. edit. 3, p. II,* §. 360.

zu verfolgen und ersetzt zu erhalten, ist sehr verschieden. Haben uns nämlich Menschen dadurch Nachtheile zugefügt, daß sie gegen die Zwecke und Vorschriften des Kontractverhältnisses, in welchem sie mit uns stehen, gehandelt haben, sei es durch Unterlassung oder positive Thätigkeit, so bedienen wir uns der gewöhnlichen Kontractsklagen; wenn sie aber, ohne in einem solchen Verband mit uns zu stehen, eine positive, uns schädliche Thätigkeit sich zu Schulden kommen ließen, so stellen wir die **actio ex lege Aquilia**[3]) an, um uns Schadenersatz zu verschaffen. Wer aber dadurch, daß er ein Recht an unseren Sachen, oder unsere Sache selbst sich anmaßt, uns Schaden verursacht, den belangen wir mit dinglichen Klagen, z. B. der **confessoria** oder **negatoria**.

Endlich finden wir noch die besondere Bestimmung des römischen Rechts, daß wegen eines Schaden, den Sachen verursacht haben, die Herren derselben haften sollen, wenn sie von dieser Verbindlichkeit sich nicht dadurch befreien, daß sie ihr Recht an der Sache aufgeben[4]). Darauf beruhen die Noxalklagen und die **actio de pauperie**.

Außerdem haben wir noch, um uns gegen Nachtheile zu sichern, welche von Anlagen, Bauten und Gebäuden befürchtet werden, besonders drei in vieler Hinsicht einander ähnliche Klagen, welche wir deshalb im **Corpus juris**, als auch in einigen Kompendien beisammen finden[5]), nämlich die **novi operis nuntiatio**, **aquae pluviae arcendae actio** und die **cautio damni infecti**.

Da wir aber durch die letztere, wie sich bald ergeben wird, gehalten werden, unsere baufälligen Gebäude zu repariren, neue Anlagen unschädlich für die Nachbaren zu errichten, oder diesen den daraus erwachsenen Schaden zu ersetzen[6]); so scheint die Verbind-

---

3) *Mühlenbruch*, *loc. laud.* §. 350.

4) *l.* 1. *D. de noxal. act.* 9. 4. *l.* 1. *pr. D. de pauperie*, 9. 1.

5) *cfr. tit.* 1. 2. 3. *D.* 39. *Mühlenbruch*, *doctr. Pand. ed.* 3. §. 459. 460.

6) Daß diese gewisser Maaßen alternative Verbindlichkeit durch die

lichkeit zur Kautionsleistung dem Begriff und Wesen des Eigenthums, als des Rechtes, über eine Sache frei und willkürlich zu disponiren, ganz zu widersprechen. Vermöge dieser freien Dispositionsbefugniß sollten wir nach Belieben bauen, und unsere Gebäude auch in baufälligem Zustande lassen können, ohne daß wir, zu Folge des Grundsatzes: **qui jure suo utitur, nemini facit injuriam**, für den Nachtheil ständen, welcher etwa Dritten daraus entspringt. Es fragt sich also, woher diese Beschränkung der Eigenthumsbefugnisse? — Eine ähnliche Beschränkung, die ebenfalls jeder Besitzer einer Sache sich gefallen lassen muß, begründen Servituten, von welchen indessen unsere Kaution sich dadurch unterscheidet, daß sie auch zu positiver Thätigkeit[7]) verbindet, während Servituten nur verpflichten, zu Gunsten des herrschenden Grundstücks etwas zu dulden oder nicht zu thun. **L. 15. §. D. de servit.** 8, **1.**

Demnach läßt sich die Kautionsverbindlichkeit nicht anders erklären, als eine von der *aequitas* geforderte, durch positives Gesetz[8]) gebotene, zur Schonung der Freiheit des Eigenthums indirect bewirkte Eigenthumsbeschränkung, indem der Eigenthümer nicht gerade gezwungen wird, seine Gebäude zu repariren u. s. w., sondern nach Belieben mit seinen Gebäuden umspringen kann, dann aber freilich den Schaden ersetzen muß, den diese Willkühr veranlaßt hat.

Ungegründet erscheint deshalb die Meinung[9]), daß das **officium reficiendi** bei der **servitus oneris ferendi**[10]) und die **cautio**

---

cautio begründet wird, geht aus der Natur der Sache, aus dem *dies stipulationi insertus* und anderen Andeutungen in den Quellen hervor. *cfr. l.* **18.** §. **2.** *D. h. t.* Kap. **10.** u. **11.** vorn herein.

7) *cfr. Westphal, de libert. et serv. praed.* §. 201. *Reizenstein, num b. f. possessori deneganda sit damni infecti stipulatio; Monach.* 1830. §. 2.

8) Thibaut, Pandectensystem, 8. Ausgabe, §. 731. Ebenderf. Versuche, Band *I. Not.* 2.

9) *Mühlenbruch, doctr. pand.* §. 281. *I.*

10) *l.* 6. §. 2. *D. si serv. vind.* 8, 5.

damni infecti einen und denselben Ursprung haben. Denn während Letztere durch positives Gesetz geboten ist, hat jenes **officium reficiendi** seinen Grund in dem Begriff und Wesen, und gewisser Maaßen in dem Willen des mit einer Servitut Belästigten, indem eine **servitus oneris ferendi** ohne eine Sache, welche die Last trägt und tragen kann[11]), nicht denkbar ist, und derjenige, welchem die Servitut obliegt, dieselbe zu jeder Zeit beliebig aufheben könnte, sobald er die baufällige Wand oder Mauer nicht im baulichen Zustande erhalten müßte[12]). — Auch sind die Folgen der verweigerten Kaution und der nicht erfüllten Pflicht, die dienende Wand zu repariren, sehr verschieden, indem hier eine Verurtheilung in das volle Interesse, dort **missiones in rem** Statt finden. **L. 7. D. si servit. vindic.** 8, 5.

Drittes Kapitel.

Geschichtlicher Ueberblick.

Noxae datio. — Verfahren *per legis actionem.* — *Cautio propter damnum ex aedium vitio.*

Da nach römischem Rechte der Eigenthümer einer Sache (eines Sclaven, eines Thieres), welche Jemand beschädigt hatte, diese vor Gericht vertreten, und den Schaden ersetzen, oder, wenn er sie nicht vertreten wollte, sein Recht an ihr zu Gunsten des Beschädigten aufgeben mußte (**noxae datio**); so ist es nicht unwahrscheinlich, daß auch bei Gebäuden ein ähnliches Verfahren Statt fand, so daß der Besitzer eines Hauses, welches durch seinen Ruin dem Nachbarhause geschadet hatte, den Schaden zu prästiren, oder die übergefallnen Ziegel, Balken u. s. w. (**omnia, quae jace-**

---

11) „*Hanc servitutem non hominem debere, sed rem*“ — *Labeo scribit. l. 6. §. 2. med. de eod.*

12) Was gegen die Natur der Servituten verstieße.

rent) dem Nachbar zu lassen gezwungen war [1]). Darauf deutet auch Ulpian hin in L. 7. §. 1. D. de damno inf. 39, 2.:

„Quum enim animalia, quae noxam comiserunt, non ultra nos soleant onerare, quam ut noxae ea dedamus, multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non debent onerare, praesertim quum res quidem animales, quae damnum dederunt, ipsae exstent, aedes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierunt exstare.“ —

Später aber gewährte die Gesetzgebung dem Bedrohten und Beschädigten ein anderes Schutz- und Vertheidigungsmittel. Bisher hatte dieser nämlich bloß eine actio de damno dato gehabt. Da aber die Eigenthümer baufälliger Gebäude lieber den Ueberfall Preiß gegeben, als vollen Schadenersatz geleistet zu haben scheinen, wodurch die Beschädigten meist zu kurz kamen, da ferner auch Jedem daran gelegen sein mußte, seine Sachen und Besitzungen lieber unversehrt und unbeschädigt zu erhalten, als nach geschehener Beschädigung und Vernichtung derselben Schadensersatz zu verfolgen; so wurde dem Bedrohten, bevor noch die Beschädigung eintrat, eine Klage gegeben, actio damni infecti [2]), i. e. actio de damno nondum facto, quod futurum tamen veremur [3]). Ganz auf ähnliche Weise findet auch die actio aquae pluviae arcendae Statt, wenn zwar noch kein Schaden vorhanden, aber doch eine Anlage errichtet ist, von welcher solcher zu befürchten steht [4]).

---

1) *l.* 6. *D. de damno infecto* 39, 2. Noch Berger, in der *Oeconomia juris*, *Lib. III. Tit.* 14. *III. Nota* 9. stellt die *cautio damni infecti* zu den Noxalklagen.

2) *Infectum* (*in-factum*) bezeichnet Alles, was noch nicht vollkommen, noch nicht vollendet, aber doch vorbereitet oder sogar begonnen ist. So sagt *Livius IX.* 2.: „*Re infecta ex proelio abire*;“ und sehr treffend *Plaut. Stich. V.* 5, 4.: „*Bene eum lauta est — infecta est tamen mulier.*“

3) *l.* 2. *D. h. t.* 39, 2.

4) *l.* 1. §. 1. *D. de aqua et aquae pluv.* 39, 3., deren Aehnlichkeit mit der *cautio d. inf.* wir noch in andern Beziehungen zu erwähnen Gelegenheit haben werden.

Eine solche **actio damni infecti** findet sich schon in den ältesten Zeiten bei den Römern, und hat nach einer Stelle des Paulus (**L. 5. D. ne quid in flumine** 43, 8.) ihren Ursprung in den Zwölftafeln. In jener Stelle sagt Paulus:

„**Si per publicum locum rivus aquaeductus privato nocebit, erit** *actio privato ex lege duodecim tabularum, ut de noxa domino caveatur.*“

Das Wort „**caveatur**“ [5]) darf uns nicht verleiten, diese Stelle von der *cautio* **damni infecti** zu verstehen, da diese bekanntlich aus dem Edict des Prätor herrührt, zur Zeit der Zwölftafeln aber weder an den Prätor, noch an ein Edict gedacht wurde. Vielmehr scheint jene Stelle von dem **judex** verstanden werden zu müssen, welcher durch sein **arbitrium** den Bedrohten sicher stellte (**ut domino caveatur**). Ich vermuthe nämlich, daß wegen des **damnum infectum** *per judicis postulationem* [6]) früher verfahren wurde. Die Quellen schweigen darüber, und Gajus allein überliefert uns in seinen Kommentarien (**Lib. IV.** 31.), daß die Römer wegen des **damnum infectum** sich einer **legis actio** bedient hätten, ohne zu bestimmen, welcher —. Nur das fügt er noch hinzu, daß bei dem Centumviralgericht **per sacramentum** verfahren worden sei, weshalb dies **Hübbe, p.** 13. **p.** 17. auch auf das **damnum infectum** beziehen will. Dem widerspricht aber geradezu das Wesen der **sacramenti actio**, mögen wir dieselbe nach den ältern Ansichten auffassen [7]), oder den interessanten und

---

5) *Cavere* bedeutet hier: „Sicherheit geben,“ „sicher stellen,“ sonst „vorsehn,“ und überhaupt eine vorsorgende Thätigkeit; ist mithin hier ganz bezeichnend, da die Klage Statt findet, ehe noch der Schaden sich ereignet.

6) Auch die Stellung des Titels *de damno infecto* im *corp. juris* bestärkt mich in dieser Meinung, wenn nämlich Hefters Vermuthung gegründet ist, daß das *Edictum perpetuum* nach der Reihenfolge der *legis actiones*, und die Pandecten wieder nach dem Edict angeordnet und eingetheilt worden sind.

7) Viele schließen aus der *summa sponsionis*, welche entweder 50 oder 500 *asses* betrug, daß der Gegenstand des Streits eine *res certa* gewesen

gründlichen Erörterungen des Professor Asverus [8]) über dieselbe Glauben beimessen. Vielmehr bestimmt mich die Aehnlichkeit anderer Klagen, bei denen die **judicis postulatio** Statt fand, zu der Ansicht, daß diese auch wegen des **damnum infectum** angewandt worden sei, zumal auch die übrigen Legisactionen, die **condictio, manus injectio, pignoris capio**, wir mögen den ältern oder neuern Meinungen [9]) darüber huldigen, bei dem **damnum infectum** nicht anwendbar gewesen sein können. Die **judicis postulatio** hingegen fand ja Statt, wenn z. B. Jemand aus dem von einem Andern veränderten Lauf des Regenwassers Schaden befürchtete, und überhaupt, so oft ein Klaganspruch erst durch richterliches Ermessen zu bestimmen und abzuschätzen war, oder sonst rein civile Ansprüche geltend gemacht werden sollten [10]).

Cfr. L. 21. pr. D. de statu liber. 40, 7.

L. 5. D. ne quid in flumine 43, 8.

L. 24. §. 2. D. de aqua et aquae 39. 3. [11])

Die letzte Stelle bezeichnet namentlich auch das Verfahren des Richters bei der **judicis postulatio propter damnum infectum.**

„**Sed etsi fossas fecisset, ex quibus aqua pluvia posset nocere, arbitrum, si appareat futurum, ut aqua pluvia noceret, cogere oportere fossas eum explere, et nisi faceret, condemnare, tametsi antequam adjudicaret, aqua per fossas nunquam fluxisset** [12]).“

---

sein müsse, zu denen aber ein *damnum infectum* wohl nicht gehört. Schweppe, Rechtsgesch. §. 554. 1.

8) Ueber die *legis actio sacramenti* von *Dr.* G. Asverus, Leipzig, 1837.

9) Asverus, *loc. cit.* §. 19.

10) Asverus, *ibid. pag.* 94. u. ff. *Not.* 163.

11) Zimmern, Rechtsgeschichte. Band *III.* §. 42.

12) Diese Stelle ist von Alfenus, welcher im 7. Jahrhundert *post urb. cond.* lebte, wo allerdings schon der Formularprozeß im Gange war. Daß sie aber von der Legisaction *per judic. postulationem* verstanden werden kann, erhellt daraus, daß zu Alfenus Zeiten das Formularverfahren kaum recht ausgebildet sein konnte, und dasselbe überhaupt in der *judicis postulatio* seinen Ursprung gehabt zu haben scheint.

Obwohl dieselbe nur von der **aquae pluviae arcendae actio** spricht, so kann sie doch auch auf die **actio damni infecti** angewendet werden, weil bei jener ebenfalls die **judicis postulatio** vorkam, und von einem **damnum futurum** die Rede war. Wenn sich daher die Parteien von dem Magistrate einen **judex** oder **arbiter** erbeten hatten, so gab dieser, wenn ihm der befürchtete Schaden wahrscheinlich schien, dem Besitzer eines baufälligen Gebäudes oder einer schadhaften Anlage auf, diese zu bessern, und verurtheilte ihn, wenn er dies nicht that, dazu, den Schaden zu ersetzen, welcher später sich ergeben würde.

Nachdem aber die Legisactionen allmählig in Verfall, und durch die **lex Aebutia** [13]) und durch zwei spätere **leges Juliae** außer Anwendung gekommen, dagegen die Formularprozesse eingeführt worden waren; wurde nur wegen des **damnum infectum** und vor dem Centumviralgerichte noch das Verfahren **per legis actionem** gestattet [14]). Indeß bemerkt Gajus, der uns diese geschichtliche Notiz aufbewahrt hat, daß wegen des **damnum infectum** Niemand sich der **legis actio**, sondern vielmehr der aus dem prätorischen Edicte herrührenden **stipulatio damni infecti nomine** habe bedienen wollen, da dies ein bequemeres und zweckmäßigeres Rechtsmittel gewesen sei [15]). Diese Stipulation aus dem prätorischen Edicte ist nun unsere, in dem **tit. D. 39, 2.** enthaltene *cautio damni infecti*.

Untersuchen wir endlich, wenn diese **cautio** in Gebrauch gekommen ist, so fehlen uns darüber sichere Nachrichten, und nur so viel läßt sich ermitteln, daß sie wahrscheinlich zu Anfange des 7. Jahrhunderts **post. u. c.** eingeführt worden ist. Denn wir finden sie nicht nur im dritten Kapitel der **Topica** des **Cicero** völlig

---

13) Die *lex Aebutia* stammt wahrscheinlich aus dem 6. Jahrhundert.

14) *Gaj. comment. Lib. IV.* 31.

15) — „*propter damnum vero infectum nemo vult lege agere; sed potius stipulatione, quae in edicto proposita est, obligat adversarium — quod et commodius jus et plenius est.*“ *Gaj. eod.*

ausgebildet, sondern auch in der 711 (nach Andern 720) nach Erbauung der Stadt erlassenen **lex de Gallia cisalpina** aufgestellt, welche im ganzen **cap. 20.** von der **stipulatio damni infecti** handelt, und dabei auf das Edict des **praetor** *peregrinus*, als ihren Urheber, hinweißt[16].

Viertes Kapitel.

Von der *cautio damni infecti* im Allgemeinen.

Stipulationes praetoriae. — Verfahren bei den Römern. — *Jusjurandum calumniae.* — Verfahren bei uns.

Der Zweck aller Kautionen[1]) ist Sicherheit eines Rechtes, eines Anspruches, welcher ohne Kaution entweder gar nicht vorhanden[2]), oder verloren[3]), oder wenigstens schwierig und unvollständig zu realisiren gewesen sein würde[4]). Diese Sicherheit wird auf verschiedene Weise begründet, z. B. durch Eid, durch Pfandbestellung, durch Gelddeposition[5]); der Prätor aber bediente sich, um solche Sicherung zu bewirken, der Stipulationen[6]), welche, in seinem Edict vorgeschrieben, und zur Erweiterung und Erleich-

---

16) „*Stipulatio damni infecti, quam is, qui Romae inter peregrinos jus dicet, in albo propositam habet.*"

Auch *Westphal*, *de libert. et serv. praed.* §. 203. sagt: „*actionis de damno infecto auctor est Praetor — tam multarum rerum novarum architectus* (!) —" Aber da zu seiner Zeit Gajus noch nicht aufgefunden war, so konnte er freilich nicht wissen, daß die Römer wegen *damnum infectum* sich früher schon der Legisactionen bedient hatten.

1) *Mühlenbruch*, *doctr. pand.* §. 116.

2) z. B. bei der *cautio damni infecti.*

3) Bei dem *beneficium competentiae.*

4) Bei der *stipulatio duplae ob evictionem* u. s. w.

5) *Mühlenbruch*, *l. c.*

6) *l.* 5. §. 1. *D. de verb. obl.* 45, 1.

terung der Rechtspflege von ihm auferlegt, praetoriae stipulationes [7]) genannt wurden, und durch ihn manches Eigenthümliche bekamen. Ihnen gegenüber stehen die judiciales, die conventionales und communes stipulationes, von denen nur noch die conventionales, d. h. solche, die nicht vom Prätor geboten sind, sondern rein auf der Willkühr und der Uebereinkunft der Parteien beruhen, uns hier interessiren [8]).

Rücksichtlich des damnum infectum scheint nun der Prätor im Edict bestimmt zu haben [9]), daß, wenn er deshalb angegangen würde, er nicht mehr eine actio (formula) geben, noch ein judicium gestatten wollte, in welchem von dem arbiter der zu befürchtende Schade taxirt, und der Beklagte in denselben verurtheilt wurde, sondern daß er gleich in jure dem Beklagten vermittelst Stipulation eine Kaution auferlegen würde, in welcher dieser versprach, den befürchteten Schaden, sobald er wirklich eintrete, ersetzen zu wollen.

Diese cautio wird oft auch *actio* damni infecti genannt [10]), theils weil actio jede gerichtliche Verfolgung eines Rechtes bezeichnet, theils weil unsere cautio durch sogenannte stipulationes *cautionales* begründet wird, unter denen vorzugsweise solche verstanden werden, welche eine dem Klagverfahren ähnliche gerichtliche Behandlung veranlassen, und eine förmliche Klage begründen. L. 1. §. 2. §. 4. D. de praet. stip. 46, 5.

„Quae instar actionis habent, et ut nova actio sit, inter-
„cedunt.“

Denn wenn die Kaution geleistet war, so hatte der Stipulant eine actio ex stipulatu auf Schadensersatz, welche, wie jede andere

7) „*Praetoriae sunt, quae a mero Praetoris officio proficiscuntur*“ — §. 2. *Inst. de div. stip.* 3, 18.

8) *pr.* u. §. 3. *Inst. eod.*

9) Zimmern, Rechtsgeschichte. 3. Band. §. 87.

10) z. B. *l.* 37. *D. de O. et A.* 44, 7. — *l.* 33. *D. de damno inf.*

Klage, in jure eingeleitet, und in judicio begründet wurde [11]). Daher kommt es auch, daß nicht nur dieser actio ex stipulatu, sondern auch dem Kautionsgesuch schon die exceptio compensationis wirksam entgegengesetzt werden konnte. L. 10. §. 3. D. de compens. 16. 2.

„In stipulationibus quoque, quae instar actionum habent, „id est praetoriis, compensatio locum habet; et secundum Julianum in *ipsa stipulatione*, quam in ex stipu-„latu actione poterit objici compensatio."

Außer den eben angeführten Eigenthümlichkeiten der prätorischen Stipulationen sind noch andere in folgenden Stellen enthaltene zu erwähnen:

„Praetoriae satisdationes *personas desiderant pro se in-„terveniventium* et neque pignoribus quis neque pecuniae „vel auri depositione in vicem satisdationis fungitur." L. 7. D. de praet. stip 46, 5.

„In praetoriis stipulationibus si ambiguus sermo acci-„derit, *praetoris erit interpretatio*, ejus enim mens aesti-„manda est" L. 9. eod.

„In omnibus praetoriis stipulationibus hoc servandum „est, ut si *procurator* meus stipuletur, *mihi* causa co-„gnita ex ea stipulatione actio competat" L. 5. eod.

Die hier ausgesprochenen Sätze halte ich für Eigenthümlichkeiten der prätorischen Stipulationen, weil sonst bei Stipulationen andere Vorschriften gelten, namentlich wenn der Sinn des Geschäfts zweifelhaft ist, die Worte der Stipulation gegen den Stipulanten interpretirt werden [12]), und endlich auch Niemand für einen Andern stipuliren kann, außer wenn er dessen Gewalt unterworfen ist. L. 38. §. 17—18. D. de verb. oblig. 45, 1.

---

11) Zimmern, Rechtsgeschichte. 3. Bd. §. 87. Eine andere Erklärung der *actio damni infecti* giebt *Donell*, *comm. XV.* 47. §. 3. Die Glosse sagt bloß: „*officium judicio hic actio appellatur.*" Man vergleiche noch *l.* 20. *D.* 46, 8.: „*Stipulationes, si vicem repraesentant actionum.*" — *l.* 12. §. 3. *D.* 16. 3.

12) „*Qui clarius loqui debeat.*" —

Doch wollen wir nun dazu übergehen, noch kurz das römische Verfahren bei der cautio damni infecti zu beschreiben. Bekanntlich unterschieden die Römer die jurisdictio im engern Sinne, d. h. Rechtsspruch und Ertheilung eines judex von den Amtsthätigkeiten, welche magis imperii quam jurisdictionis sind, und welche nicht allen Magistraten zustanden. Zu ihnen gehörte denn auch das cavere jubere und in possessionem mittere, und man konnte deshalb wegen eines damnum infectum nur den Prätor oder Präses der Provinz angehen [13]. L. 4. D. de damno infecto.

Nur ausnahmsweise wurde, wenn die Gefahr dringend war, die Untersuchung und Entscheidung wegen der cautio den Municipalmagistraten übertragen, gegen welche dann, wenn sie durch Saumseligkeit die Sache verzögerten, eine actio in factum auf vollen Schadensersatz ging. L. 1. D. eod. L. 4. §. 7. eod.

Auf das fernere Verfahren des Prätor oder Präses provinciae zufolge eines Gesuchs um Kaution deutet L. 13. §. 3. D. eod. hin, wo gesagt wird:

> „Qui damni infecti sibi caveri postulat prius de calumnia jurare debet. Quisquis igitur juraverit de calumnia, admittitur ad stipulationem. Et non inquiretur, utrum intersit ejus an non, vicinas aedes habeat, an non habeat. Totum tamen hoc jurisdictioni praetoriae subjiciendum est, cui cavendum sit, cui non.“

Nach dieser Stelle möchte es scheinen, als ob Jedem die Kaution zu leisten sei, welcher den Kalumnieneid geschworen habe; und dann wären freilich die Erörterungen über die Bedingungen der Kaution, und die Beantwortung der Frage, wem und von wem dieselbe zu

---

13) *l.* 4. *D. de jurisdict.* 2. 1.: *Caveri jubere praetoria stipulatione, et in possessionem mittere, magis imperii est, quam jurisdictionis.*

l. 7. *D. de offic. praes.* 1, 18. „*Praeses provinciae inspectis aedificiis dominos eorum, causa cognita, reficere ea compellat* (*sc. stipulatione dam. inf.*) *et adversus detrectantem competenti remedio* (*sc. missionibus — in factum actione*) *deformitati auxilium ferat.*“

leisten sei, sehr überflüssig, und die Endworte der Stelle widersinnig. Die vorhandenen Erklärungen dieser Stelle, z. B. von Lauterbach, in dessen colleg. theoret. pract. ad D. 39. 2. §. VIII. können wohl schwerlich die Schwierigkeiten derselben beseitigen, weshalb ich eine neue Interpretation wagen will. Zuvörderst nämlich mußte der Prätor u. dgl. wohl jedes Mal untersuchen, ob der Kläger und Beklagte solche Personen seien, denen und von denen resp. die Kaution zu leisten sei, (über die legitimatio ad causam activa und passiva nach neuerm Sprachgebrauch) worauf denn das juramentum calumniae schwerlich Einfluß haben konnte. Nur rücksichtlich der Bedingungen der cautio konnte demnach dasselbe in Frage kommen, z. B. wenn es zweifelhaft ist, ob ein damnum wirklich zu befürchten [14]), und das befürchtete nicht etwa ein solches sei, welches nach dem Grundsatze, qui jure suo utitur nemini facit injuriam, von dem Urheber nicht ersetzt zu werden braucht [15]). Dann sollten durch den Eid alle Zweifel des Prätor beseitigt, alle Chikane [16]) der Parteien zur schnellen Förderung der Sache abgeschnitten werden, und „wer dann den Kalumnieneid abgeleistet hatte, dem wurde die stipulatio damni infecti gestattet [17])."

Sollte aber die Furcht vor dem Schaden vollkommen gegründet, auch das Interesse des Klagenden offenbar sein, so würde wohl der Eid nicht zu fordern sein, zumal nach Canonischem Rechte

---

14) Darauf deuten in unsrer Stelle die Worte: *utrum vicinas aedes haberet, an non — cfr. l. 13. §. 2. D. h. t. l. 6. pr. D. de aqua et aquae pluv.* 39, 3.

15) Dies bedeuten die Worte, *utrum ejus interesset, nec ne, l. l.*

16) *l. 1. §. 9. D. de stip. praet.* 46, 5.

17) *Westphal, de libert. et serv. praed.* §. 213. hält dagegen das *usjurandum calumniae* für ein Beweismittel und meint: *alia probatio non exigitur admissa tamen reprobatione adversarii.* Daß aber dieser Eid kein Beweismittel ist, bedarf keiner Erwähnung, zumal wegen *l.* 13. §. 12., und der Zulässigkeit des Gegenbeweises widersprechen die Worte unserer Stelle: *„et non inquiretur, utrum etc.*, verbunden mit den Anfangsworten: *quisquis igitur juraverit.* —

die Vermeidung unnützer Eide dem Richter zur Pflicht gemacht worden ist. Cfr. Lauterbach, l. c. Schilter, Praxis jur. Rom. in for. Germ. Exerc. 42. §. 34:

„Unde si notorium sit interesse postulantis aut ejus principalis juramentum calumniae imponendum non videtur.“

Dieselben Grundsätze möchten wohl bei uns noch gelten und die Anwendung des Kalumnieneides in den bezeichneten Fällen außer Zweifel sein, da der bei unserer Kaution vorkommende Eid nicht zu den außer Gebrauch gesetzten allgemeinen Kolumnieneiden gehört.

Wenn aber der Gegner, von dem die Kaution gefordert wurde, entweder gar nicht in jure erschien, oder die ihm auferlegte Kaution nicht leistete, so wurde ihm im ersten Fall denuntiirt [18]), sodann aber der anderen Partei auf ihr Ansuchen von dem Prätor oder Präses provinciae eine in factum actio oder missio in rem des Gegners ertheilt, als Zwangs- und Strafmittel gegen den Ungehorsam desselben.

Was nun das Verfahren bei uns anlangt, so kann das Gesuch um Kaution bei jedem competenten Civilrichter angebracht werden, da bei uns der Unterschied der Jurisdictio und der Zweige richterlicher Thätigkeit, quae magis imperii quam jurisdictionis sind, weggefallen ist. Lauterbach, colleg. theor. pract. Lib. 39. tit. 2. §. 4. Stryk, usus modernus. Lib. 39. tit. 2. §. 3. Das Gesuch kann in eine förmliche, schriftliche Klage oder Imploration eingekleidet [19]), oder auch mündlich zu Protokoll gegeben werden [20]), das Verfahren kann das gewöhnliche des Ordinärprozesses sein, aber ein schleuniges, summarisches ist nicht nur in

---

18) *l. 4. §. 5. D. h. t.: Praetor ait: „Dum ei, qui aberit, prius domum denuntiari jubeam. Abesse autem videtur, et qui in jure non est.“*

19) Man sehe den angebognen Rechtfall, §. 2.

20) Dies war in der angeführten Sache Anfangs geschehn.

den Quellen, sondern auch in der Natur der Sache und dem Bedürfniß begründet [21]). Sachverständige, bei den Römern noch wenig im Gebrauch und in den Quellen selten erwähnt, sollten bei uns in zweifelhaften Fällen immer und nach richtiger Theorie selbst ex officio zugezogen und gehört werden.

Wegen Ungehorsams des Beklagten im Verfahren findet keine Denuntiation, wohl aber die gewöhnliche Strafe der contumacia Statt; im Fall verweigerter Kaution sind ebenfalls die missiones in rem bei uns, namentlich in Sachsen, außer Gebrauch, hingegen wird die Kaution zur Strafe des Ungehorsams für geleistet erachtet und exsequirt [22]), oder auch eine andere Art von Zwangsmitteln angewendet.

Fünftes Kapitel.

Die einzelnen Fälle, in denen die Kaution Statt findet.

Aedium — loci — operis vitium.

In L. 24. §. 2. D. h. t. sagt Ulpian:

„Set ut ne quid aedium, loci, operisve vitio damnum factum sit, stipulatio interponitur“ —

Eben so §. 12. eod.:

„Stipulatio enim hoc continet, quod vitio aedium, loci, operis damnum fit,“ —

Diesen Stellen entspricht die L. 18. med. D. 46, 8., wo es von unserer Kaution heißt:

„cavet enim, si quid ibi ruet, scindetur fodietur, aedificabitur.“

---

20) *l.* 1. §. 9. *D. de praet. stip.* 46, 5. „*Ipse praetor debet super ea re summatim cognoscere et cautum jubere aut denegare.*“

22) *Stryk, usus mod. Lib.* 30. *tit.* 2. §. 6.

Hierin wird deutlich das vitium aedium, vitium loci, und vitium operis unterschieden, und von großer, von den meisten Schriftstellern nicht beachteter Wichtigkeit rücksichtlich der Bedingungen und Voraussetzungen der Kaution sowohl, als auch hinsichtlich der Zwangs- und Strafmittel im Ungehorsamsfalle ist es, das vitium aedium et loci von dem operis vitium zu sondern.

§. 1.

I. Bleiben wir nun bei dem ersten Falle stehen, wo ex aedium et loci vitio ein Schaden befürchtet wird, so sehen wir aus den Quellen, daß dies der Hauptfall für die Anwendung der cautio damni infecti gewesen ist [1]), welchen namentlich auch die römischen Juristen vorzugsweise behandelt haben, und welcher nach dem, was im 1. Kapitel von der römischen Staatsverfassung und Rechtspflege kurz angedeutet wurde, bei den Römern von der meisten Wichtigkeit sein mußte. Bei ihm scheinen auch allein die Subsidiarität der Kaution, cap. 6., so wie die *missiones in re* bei verweigerter Kaution Platz gegriffen zu haben [2]).

1) Das *vitium aedium* zunächst besteht in der fehlerhaften Beschaffenheit eines Gebäudes, welche in schlechter Bauart, oder in schlechtem Material, oder im Alter des Gebäudes seinen Grund hat. In dem vitium aedium sind auch die schadhaften und schadendrohenden Bestandtheile eines Gebäudes mit inbegriffen [3]), z. B. Mauern, Wände, Vordächer [4]), Thüren, und nicht allein wirkliche Häuser, domus, sondern auch insulae, horrei, stabula. L. 5. §. 1. L. 6. L. 7. §. 2. L. 9. pr. §. 4 —

---

1) In dem Titel *de damno infecto* ist auch meist von *aedes* die Rede, namentlich wo der Missionen Erwähnung geschieht, selten aber von *opus*. *Cfr. l.* 15. §. 11 — 36.

2) *cfr.* Kapitel 11. §. 1.

3) — „*quae non solum ad totas aedes, sed etiam ad partes aedium pertinet.*“ *l.* 24. §. 2. *D. h. t.*

4) *tit. D. de damno infecto et de suggrundiis et protectionibus.*

5. L. 13. §. 2—3, 11. L. 15. §. 12, 13, 26, 27, 34, 35. L. 18. §. 2—6, 11, 12. L. 20, 21, 23. L. 24. §. 2, 10, 11. L. 26, 27, 32. L. 39. §. 1. L. 40. §. 3. D. h. t.

Wird auch in diesem Falle die Anwendung der Kaution seltner bei uns sein (cfr. cap. 1. fin.), so läßt sie sich doch nicht ganz läugnen, da nicht jedes unbedeutende, aber doch schädliche vitium aedium durch polizeiliche Maaßregeln u. dgl. entfernt werden kann, namentlich wenn es nicht sowohl für's allgemeine Beste gefährlich, als vielmehr dem einzelnen Privaten nachtheilig wird.

§. 2.

2) Das *vitium loci* kommt bisweilen mit dem aedium vitium verbunden, bisweilen von demselben getrennt vor und ist dann für sich Gegenstand der cautio damni infecti, z. B. in L. 38. §. 1. L. 15. §. 3. L. 24. pr. L. 10. L. 18. §. 4. D. h. t. Dann steht es im Gegensatz zu Gebäuden, Anlagen, und allen andern über dem Boden künstlich errichteten Gegenständen. L. 60. D. de verb. signif.

„Locus est non fundus, sed portio aliqua fundi, fundus autem integrum aliquid est, et plerumque sine villa locum accipimus [5]).“

Ferner L. 211. D. de verb. sign.:

„Locus vero sine aedificio in urbe area, rure autem ager vocatur.“

Es würde also locus in seiner besonders technischen Bedeutung bei den Römern Aecker, Wiesen, Waldungen [6]), Baumpflanzungen, überhaupt Grundstücke ohne Gebäude bezeichnen. L. 24. §. 9. D. h. t.

---

5) *cfr. l.* 26. *D. de acquir. et amitt. poss.* 41, 2.

6) z. B. *l.* 38. §. 1. *l.* 9. §. 4. *l.* 10. *in fin. l.* 18. §. 4. *D. h. t. l.* 3. §. 2. *D. de aqua et aquae pluv.* 39, 3. Man vergleiche ferner noch *Donell. comm. XV.* 27. §. 21. *Schilter*, a. a. O. *Lib.* 42. *tit.* 2. §. 35. *Gaslos ad leg.* 24. §. 12. *D. h. t.*

„Stipulationem istam, in quo haec comprehenduntur, *si quid arborum, locive vitio acciderit,* non esse utilem, quia non arborum vitio, sed vi ventorum damnum mihi datum sit. Plane si vetustate arborum hoc fiebat, possumus dicere, *vitio arborum* damnum mihi dari."

§. 3.

Aber nicht wegen jeder fehlerhaften und schädlichen Beschaffenheit eines Grundstückes kann der bedrohte Nachbar die cautio damni infecti fordern; sondern nach Analogie der aquae pluviae arcendae actio, von welcher es L. 1. §. 14. D. 39, 3. heißt:

„Huic illud etiam applicandum, nunquam competere hanc actionem, cum *ipsius loci natura* nocet" —

soll die Kaution nicht gefordert werden können, sobald Jemand ex naturali loci vitio Schaden befürchtet. L. 24. §. 2. D. de dam. inf. [7]).

— „Vitium autem aedium et loci esse, Labeo ait, *quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit, quia naturale vitium* est, et ideo nec ea stipulatio interponitur, neque interposita committitur."

Schwierig ist hier die Begriffsbestimmung des naturale vitium [8]). Ich glaube, daß darunter eine solche fehlerhafte Beschaffenheit einer Sache zu verstehen sei, welche in der Sache selbst ihren Grund hat, also nicht von außen, durch menschliche Thätigkeit oder Naturereignisse veranlaßt worden ist. Demnach würde aber jeder fehlerhafte und schädliche Zustand einer Sache, welcher durch mensch-

---

7) Sehr unpassend bezieht *Mühlenbruch*, *doctr. pand.* §. 459. *Not.* 13. auch *l.* 24. §. 3—11. und *l.* 43. *pr. D. h. t.* auf das *naturale rei vel loci vitium.*

8) Wenn Wening-Engenheim, Lehrbuch des Gem. Civilrechts, *II.* Thl. §. 223. von „natürlichem Zustande" spricht, so ist dies mehr eine Uebersetzung, als Erklärung des *naturale vitium.* Die Begriffsbestimmung desselben bleibt immer schwierg.

liche Thätigkeit oder Naturereignisse bewirkt wurde, deren schädlicher Einfluß durch menschliche Sorgfalt [9]) verhütet werden konnte, aber nicht verhütet wurde, hinreichender Grund sein, die cautio damni infecti zu gestatten [10]).

Sollte man nämlich durch die cautio damni infecti auch gehalten sein, den schädlichen natürlichen Zustand einer Sache zu verbessern oder den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen, so würde dies nicht nur gegen unsere Eigenthumsbefugnisse gänzlich streiten, sondern uns oft auch zu dem Unmöglichen verpflichten, entgegen dem klaren Ausspruch vieler Gesetze, L. 24. §. 3. D. h. t. L. 185. D. de reg. jur., und der Analogie anderer Rechtssätze, z. B. in L. 1. §. 10, 22. D. de aqua et aquae pluv. 39. 3.

„Sed et si vicinus opus tollat et sublato eo aqua *naturaliter* ad inferiorem agrum perveniens noceat, Labeo existimat, aq. pluv. arcend. agi non posse; semper enim hanc esse servitutem inferiorum praediorum, ut *natura profluentem* aquam excipiant.“

Setzen wir also den Fall, daß aus einem höher gelegnen, sandigen Orte das herabströmende Regenwasser dem tiefer liegenden Grundstücke Sand zuführt und dadurch es verschlechtert, oder daß das höher gelegene sumpfige das tiefer liegende zu sehr bewässert, so würde der Eigenthümer des letztern wohl schwerlich die Kaution verlangen können. Wenn hingegen ein Nachbar durch seine Vorrichtungen, durch Abgraben, Anlegung von Gräben und dgl. bewirkte, daß das Wasser schneller und auf eine gefährlichere Weise meinem Grundstücke zuströmte, so würde kein Zweifel sein, daß die cautio d. inf. Statt fände. Arg. L. 3. §. 2. L. 1. §. 22. fin. D. eod. 39, 3. Wenn ferner die Erde von selbst sich auf meiner Besitzung zusammensetzte, so daß des Nachbars Mauer da-

---

9) Eine außergewöhnliche Sorgfalt und Vorsicht kann natürlich nicht gefordert worden, sondern nur *diligentia diligentis patris familias.*

10) *„quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit.“* —

durch bedroht würde, so könnte ihm nicht wohl mit der cautio geholfen werden, arg. L. 14. §. 1. D. eod.; würde man aber in seinem Hofe so tief und so nahe an des Nachbars Wand graben, daß diese dadurch in Gefahr käme, dann würde man sich der Kautionsleistung nicht entziehen können, so wie auch in dem Falle, wenn ein an sich sonst fester Boden durch das Anspülen des Wassers allmählig ausgehöhlt und gefahrbringend wird [11]), oder wenn durch eine Ueberschwemmung ein Gebäude so unterwühlt wird, daß es nicht sogleich zusammenbricht, aber doch, ohne die nöthige Sorgfalt des Besitzers [12]), mit endlichem Einsturz droht. L. 24. §. 12. u. 5. D. de damno infecto; wo es heißt:

„Idem Servius putat, si controversia aquae insulam subverterit, deinde stipulationis aedificia ceciderint, nihil eum ex stipulatu consecuturum; quia id nec operis, nec loci vitio factum est. Si autem aqua vitiet fundamenta et sic aedificium ruisset, committi stipulationem ait; multum enim interesse, quod erat alioquin firmum, vi fluminis lapsum sit *protinus;* an vero ante sit vitiatum, deinde sic deciderit.“

Wenn aber Jemand an einem sumpfigen, sandigen Platze unvorsichtiger Weise eine Anlage errichtet, welche uns Gefahr droht, sollen wir gegen solche Unvorsichtigkeit keine Vorsichtsmaaßregel ergreifen können? Ich pflichte ganz der Glosse bei, welche sagt:

„Nunc de solo tantum. Sed quid, si quid facit opus in loco arenoso, ex quo opere vel solo jam damnum timetur? forte locum habebit illa cautio [13]).“

Denn nicht der Fehler des Bodens, sondern der des Werkes oder das Versehen des Werkmeisters trägt die Schuld des entstandenen Schadens. Cfr. Donell, Komm. XV. 47. §. 21.

---

11) *Donell. comment. XV.* 27. §. 21.

12) Hier war noch ein *reficere* möglich, 7. Kapitel. §. 2.

13) *Glossa ad leg.* 24. §. 2. *D. h. l.*

§. 4.

II. Operis vitium. — Wenn wegen baufälliger Gebäude die Kaution interponirt wird, so ist dies nicht nur der Hauptfall ihrer Anwendung, sondern scheint auch im ältesten römischen Rechte der einzige gewesen zu sein, da nur bei ihnen das frühere Noxalverfahren (cap. 3.) Statt finden konnte. Der bequeme und doch sichere Schutz aber, welchen die cautio damni infecti gewissen Bedrohten angedeihen ließ, mag bewirkt haben, daß man später dieselbe analog auch auf andere Fälle, nämlich das operis vitium anwandte. L. 19. §. 1. D. h. t.

„Sive aedium vitio, sive operis, quod vel in aedibus, vel in loco in urbano aut rustico, privato publicove fiat, damni aliquid futurum sit, curat Praetor, ut timenti damnum caveatur."

Sehr bestritten aber ist, was man bei der cautio damni infecti unter opus zu verstehen habe, da dies Wort in sehr verschiedenem Sinne vorkommt. Denn opus bezeichnet zuvörderst jede Thätigkeit, Handlung, Arbeit; z. B. L. 1. §. 12. D. de op. nov. nunc. 39, 1.

„Idcirco placuit, si quis messem faciat, arborem succidat, vineam putet, quamquam *opus faciat*. —"

Sodann bedeutet opus das durch jene Thätigkeit hervorgebrachte, verfertigte Erzeugniß, Werk, z. B. ein Buch, opus habeo in manibus, Cic Acad. I. 1. — . L. 5. §. 1. D. de V. S.

„Opere locato; his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci *ἀποτέλεσμα* vocant, — non *ἔργον* [14]) — id est *ex opere facto corpus aliquod perfectum.*"

Vorzugsweise denkt man aber, wenn von opus die Rede ist, an diejenigen, *„opera, quae solo conjuncta sunt,* quorum

---

14) *ἔργον* bedeutet allerdings eine Handlung, die Thätigkeit selbst, aber auch das Product derselben, und ist mithin hier, um den Gegensatz scharf hervorzuheben, nicht gut gewählt.

aedificatio vel demolitio videtur opus novum continere," L. 1. §. 12. D. de oper. nov. nunc. 39. 1. — also an Gebäude, Bauten, Anlagen [15]), und dergl.

Viele Juristen beschränken nun die Anwendbarkeit der cautio damni infecti blos auf diese letztgenannten opera, ohne eben einen andern Grund zu haben, als die letzte Stelle aus dem Titel de op. nov. nuntiatione. Bei dieser nuntiatio ist aber eine solche beschränkte Bedeutung durchaus nothwendig, da sie nicht wegen eines opus perfectum, sondern nur zur Hinderung eines opus *novum* zulässig sein soll, also nur bei Neuerungen oder Veränderungen, welche voraussetzen, daß eine Sache, Anlage rc. entweder noch gar nicht, oder nicht in einer gewissen Gestalt existirte, wovon natürlich bei einzelnen Handlungen, Arbeiten, welche nicht in aedificando aut demoliendo (L. 1. §. 11. D. de op. nov. nunt.) bestehen, niemals die Rede sein kann.

Bei der cautio damni infecti ist aber ein opus überhaupt in Frage, auch ein perfectum, namentlich wenn ein Werk, eine Anlage deshalb Schaden droht, weil sie schlecht angelegt oder errichtet ist [16]). L. 24. pr. fin. D. h. t.

> „Sed quod dictum est de operis vitio, sic accipiendum est, etiam si proponas non tantum tempore, quo opus fit, sed etiam si postea contingat; quid enim, si ideo, quia male aedificatum erat, corruit?"

Daß aber nicht wegen eines opus novum im oben angegebenen Sinne, sondern auch wegen anderer Verrichtungen und Arbeiten, namentlich zum Zweck und in Folge von Anlagen und Werken, die cautio damni infecti Statt fand und statthaft ist, wird sich

---

15) Wasserleitungen. *l.* 30. *D. h. t.*

16) Wenn nämlich nicht durch das Bauen an sich und während des Bauens Schaden zu befürchten steht, sondern nach Errichtung des Werkes durch die Beschaffenheit, Lage und Zweck des *opus* Nachtheile zu erwarten sind. Darauf hin deutet *l.* 15. §. 5: *„de eo opere, sic accipe, de eo damno, puod ex opere fiet,"* und die obige Stelle.

am Besten beweisen lassen, wenn wir die einzelnen Fälle ihrer Anwendung nach allgemeinen Gesichtspunkten geordnet, aufzählen.

§. 5.

Zuvor muß ich aber noch auf das besondere Motiv aufmerksam machen, welches den Prätor bei der erweiterten Anwendung unserer Kaution auf das operis vitium leitete, und welches so klar aus den Quellen hervorleuchtet, daß ich mich wundern muß, warum Niemand noch dieser Eigenthümlichkeit Erwähnung gethan hat.

Wenn nämlich Jemand auf öffentlichem, oder auf fremdem Grund und Boden, gestützt auf eine Servitut oder ein ähnliches Recht, bauen oder sonst etwas vornehmen wollte, so wurde er gegen Störungen Dritter vom Prätor durch interdicta prohibitoria geschützt, von denen wir später einige näher betrachten werden. Die Eigenthümlichkeit der Interdicte [17]) bestand aber darin, daß der Prätor, wo es nöthig schien, schneller verfuhr als gewöhnlich, und ohne einem judex oder arbiter die Sache zu übertragen [18]), und ohne zuvor den Gegner gehört zu haben, diesem sogleich befahl, dem Gesuche des Klägers nachzukommen. Glaubte jedoch der Beklagte eine durchschlagende Einrede oder sonst genügenden Grund zu haben, dem Decrete oder Interdicte nicht zu gehorchen, so hatte das Interdictenverfahren, ohne seinen Zweck erreicht zu haben, ein Ende, und die Sache wurde auf dem gewöhnlichen Wege weitläufig vor dem judex verhandelt (partes ad judicium ire solebant). Nahm nun Jemand solche Verrichtungen vor, bei welchen er durch prohibitorische Inderdicte geschützt sein wollte, welche aber dem Nachbar oder einem dritten Gefahr und Schaden drohten, so konnte der Prätor dem Bauenden niemals den schnellen Schutz der Inter-

---

17) Zimmern, Rechtsgeschichte, 3. Bd. §. 73. Schweppe, Rechtsgeschichte. §. 379 *Gaj. comment. Lib. IV.* §. 141.

18) *Gaj. l. l.* §. 139.: *certis igitur ex causis Praetor „principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis proponit.“*

dicte angedeihen lassen [19]), sobald der Gegner das damnum infectum excipirte. Um nun diese Exception für immer abzuschneiden, und so die prohibitorischen Interdicte aufrecht zu erhalten, bestimmte der Prätor, daß Jeder, welcher durch sie geschützt sein wollte [20]), zuvor die cautio damni infecti leisten sollte, mochte der Gegner eine andere Klage auf Schadenersatz schon haben [21]), oder nicht. Ueberdies war die cautio d. inf. hier sehr passend und bequem, da bei ihr, wie bei den Interdicten, die ganze Sache vor dem Prätor (in jure) abgethan und gar nicht in judicium gebracht wurde. Darauf deutet L. 12. §. 2. D. de usufructu, 7, 1. hin:

„Sed si inter duos fructuarios sit controversia, Julianus, scribit, aequissimum esse, quasi communi dividundo judicium dari, vel *stipulatione* inter se eos *cavere*, qualiter fruantur. *Cur enim*, inquit Ulpianus, *ad arma et rixam procedere patiatur Praetor, quos potest jurisdictione sua componere?*"

§. 6.

Die cautio damni infecti nun findet in dieser Beziehung Statt:

1) Wenn der Servitutsberechtigte auf dem dienenden Grundstücke Handlungen vornimmt, welche die servitus mit sich bringt, z. B. wenn Jemand seiner Wasserleitung halber Anlagen errichtet, ausbessert oder reiniget, L. 30. §. 1. D. de damni inf. L. 1. §. 38. D. de aqua quotid. 43, 20., wenn man in Folge einer Be-

---

19) „*In his igitur (fluminibus publicis) publice licet cuilibet aedificare et destruere, dum tamen sine incommodo cujusquam hoc fiat.*" *l.* 24. *pr. D. de damno inf.* Ueberhaupt erscheint bei diesen Interdicten die *cautio* häufig als Bedingung. *l.* 3. §. 11. *D.* 43. 19. *l.* 1. *pr. D.* 43, 23.

20) „*Qui hoc interdicto uti volet, is adversario damni infecti caveat.*" *l. l.*

21) Vielleicht eine *actio ex lege Aquilia. Voet. comm. ad tit.* 39. 2.

gegerechtigkeit seinen Weg ausbessert, L. 3. §. 11. D. de itin. actuque priv. 43, 19.; und den dabei vorgefundenen Schutt oder Unrath wegfährt, oder dazu erforderliche Materialien herbeischafft, l. 3. §. 9 u. 10. D. de rivis 43, 21., wenn man, um seine Kloake reinigen zu können, des Nachbars gepflasterten oder getünchten Fußboden aufreißen muß, dessen Wiederherstellung sich natürlich von selbst versteht, L. 1. pr. §. 12, 14. D. de cloacis 43, 24.

Hier kommen überall prohibitorische Interdicte vor, wie sich aus den angezogenen Stellen ergiebt.

2) Caviren muß ferner derjenige, welcher zwar nicht in Folge einer Servitut, aber doch auf den Grund eines ähnlichen Rechts hin auf fremdem Boden baut oder sonst beschäftigt ist, z. B. derjenige, welcher seine übergefallenen Früchte in des Nachbars Grundstück auflesen will, L. 9. §. 1. D. de exhibend. 10, 4.

In diesem Falle ist also weder von einer Anlage, noch einer damit zusammenhängenden Handlung, einem Bauen, Ausbessern die Rede! Doch kommt ebenfalls ein inteerdictum prohibitorium, das interdictum de clande legenda vor.

Ein ähnlicher Fall in L. 19. §. 4. D. locati et conducti 19, 2., wo der Miethsmann das von ihm an die gemietheten Gebäude Angebaute wegnehmen will.

3) Liegt die cautio dem ob, welcher auf öffentlichem Grund und Boden, an einer Straße oder einem Ufer baut, oder sonst Anlagen macht. L. 24. pr. D. h. t. [22]).

„Fluminum publicorum communis est usus. sicuti viarum publicarum et litorum. *In his igitur publice licet cuilibet*

---

22) *l.* 15. §. 8. *D. h. t.*: „*Sive autem quis muniat viam, sive quid aliud in via publica faciat*“ —

l. 15. §. 9. *eod.*: „*De ceteris locis publicis nihil specialiter cavetur, verum ex generali sermone, quasi in alieno fiat, satisdari debebit damni infecti.*

aedificare et destruere, dum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat. Propter quod operis duntaxat nomine cum satisdatione cavetur." —

Wenn also Jemand ein Ufer, welches nicht Privateigenthum ist, ausbessern will, L. 1. §. 4. D. de ripa munienda 43, 15., oder auf öffentlichem Boden eine Anlage macht, von welcher für einen Privaten Schaden zu befürchten ist [23]), so kann der Bedrohte die Kaution fordern. L. 15. §. 2—9. D. h. t. — Beispiele, wie solche auf öffentlichem Eigenthum errichtete Anlagen oder vorgenommene Bauten, Schaden anrichten können, finden wir in L. 1. §. 3, 6, 7. D. ne quid in flum. 43, 13.

Da aber Niemand existirt, von dem der Bedrohte die cautio damni infecti fordern könnte, sobald der fehlerhafte Zustand eines öffentlchen Platzes oder Grundstückes (vitium loci pnblici) Gefahr droht; so folgt daraus, der derjenige, welcher wegen einer Anlage oder sonst einer Handlung in publico cavirt, nur für den Schaden haftet, welcher die Folge seines Werkes ist, nicht für denjenigen, welcher seinen Grund im obenbezeichneten vitium loci hat (de operis solius, non soli vitio cavebit). L. 15. §. 3. L. 24. pr. D. de dam. inf.

Wenn aber von Staatswegen auf öffentlichem Boden etwas gebaut oder vorgenommen wird, was einem Privaten Schaden droht, so soll dieser sich an den Regenten, oder in der Provinz an den Präses wenden, und um Abhülfe, Abänderung des Werkes, bitten. L. 15. §. 10. L. 24. pr. D. eod.

Jeder nun, welcher in publico auf rechtmäßige Weise dergleichen Handlungen vornahm, wurde ebenfalls vom Prätor durch Interdicte geschützt, so daß auch in diesem Falle das oben erwähnte Motiv des Prätor deutlich hervorspringt. Dergleichen

23) *l.* 5. *D. ne quid in flum. publ.* 48, 8. In diesem Falle vertritt die *cautio damni infecto* oft die Stelle der *aquae pluviae accendae actio,* da diese nur gegen denjenigen gerichtet werden kann, *qui in suo quid facit. l.* 3. §. 3. *D. fic aqua et aquae pl.* 39, 3.

Interdicte kommen vor im tit. D. de via publica 43, 11., tit. D. de ripa muniend. 43, 15.

4) Diese Interdicte zwar fallen weg, aber das Motiv, welches **Ulpian** in den oben angeführten Worten ausspricht: „cur enim ad arma et rixam procedere patiatur Praetor, quos potest jurisdictione sua componere?" [24]) — erkennt man klar in dem Falle, wo der **Beklagte**, wegen Schaden drohender Anlagen, Arbeiten **caviren soll**, **welcher vom Richter verurtheilt worden ist**, etwas zu bauen, zu bessern, wegzureißen u. dergl., z. B. wenn der mit der actio negatoria Beklagte das zu hoch Gebaute wieder wegnehmen muß, oder der mit dem Interdictum quod vi aut clam Verfolgte seine wiederrechtlichen Anlagen wegzureißen, oder das heimlich Zerstörte wieder herzustellen gezwungen wird. L. 13. §. 10. D. h. t. (— eine oft ganz irrig aufgefaßte Stelle, welche sich aber leicht erklären läßt durch) L. 5. L. 14. §. 3. D. de aqua et aq. pluv. 39, 3.

„De eo, quod ante datum est (damnum), quod vi aut clam agendum est; de eo, quod post sententiam judicis futurum est, *damni infecti* caveri oportet, vel *ita opus restituendum est, ut nullum periculum damni supersit*."

5) Bisher hatten wir immer Fälle, wo Jemand auf **fremdem** Grund und Boden (in alieno vel quasi alieno i. e. in publico, L. 15. §. 9. D. h. t.) Handlungen vornimmt und caviren muß. Diese machten es uns keineswegs schwierig, den **Grund** der cautio dabei aufzufinden, noch schienen sie den allgemeinen Prinzipien des Römischen Rechts zu widersprechen, namentlich wenn wir uns anderer Kautionen erinnern, welche den an fremden Sachen Berechtigten obliegen, z. B. der cautio usufructuaria. Widerstreitender den allgemeinen Grundsätzen aber, und schwieriger rücksichtlich ihres rechtlichen Ursprungs zu ergründen scheint die Verpflichtung zur Kaution in dem Falle, wo derjenige sie leisten

---

24) *l.* 12. §. 1. *D. de usufruct.* 7, 1.

muß, welcher auf dem Seinigen Handlungen vornimmt, welche vielleicht dem Nachbar Nachtheil drohen. Hier sind namentlich die Meinungen sehr getheilt, da es nicht leicht sein mochte, die Grenzen für die Verpflichtung zur Kaution zu finden. Denn zwei Grundsätze concurriren hier, der eine nämlich, daß jeder sich seines Rechts nach Belieben bedienen kann, ohne Rücksicht, ob es Dritten angenehm ist, oder nicht[25]), und der andere, daß es höchst unbillig sein würde, Jemand einen so uneingeschränkten, vielleicht leichtfertigen oder böswilligen Gebrauch seines Rechts zu gestatten, daß dadurch Dritten ein offenbares Recht entrissen, ein ungerechter Schaden zugefügt würde. In dem letztern Grundsatze findet die Verpflichtung zur cautio damni infecti ihren Grund, in dem ersten ihre Grenzen. Die tiefere Begründung dieser Behauptung muß ich indeß bis zu der späteren Erörterung der Frage, welcher Schaden (damnum emergens, lucrum cessans — damnum sensu latiore, damnum quod injuria fit) bei der cautio d. inf. Berücksichtigung findet, aussetzen; hier begnüge ich mich, meine Meinung durch einzelne in den Quellen enthaltene Fälle zu erläutern.

Wir finden z. B. in L. 24. §. 12. fin. D. de dam. inf., daß derjenige die Kaution leisten muß, welcher auf dem Seinigen in der Nähe der Nachbarswand so tief gräbt, daß diese einzustürzen droht. Rechtens ist, daß Jeder auf dem Seinigen beliebig graben kann, unbillig würde es sein, wenn dadurch dem Nachbar der Einsturz seiner Wand, seines Hauses bereitet würde[26]). Eben so muß der Bäcker caviren, welcher seinen Ofen so schlecht, oder so nahe dem Nachbarhause errichtet hat, daß selbst durch vorsich-

25) — „*Ait Trebatius: non teneri me damni infecti; neque enim existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua jure meo usus sim,*“ *l.* 24. §. 12 *D. h. t.*

26) Auf das Bestehn seiner Wand hat der Nachbar ein gegründetes Recht, es ist also kein bloßer Gewinn in Frage. *l.* 26. *fin. D. h. t.*

tiges Umgehn mit dem Feuer und schuldloses Benutzen des Ofens dem Nachbar Gefahr droht. L. 24. §. 7. D. eod. [27]). — Das Recht, einen Backofen in seinem Hause anzulegen, läßt sich bei den Römern ebenfalls nicht läugnen, aber auch nicht zu übersehen ist die Unbilligkeit und Gefahr, welche daraus hervorgehn würde, daß dem Bedrohten gegen solchen Schaden kein Schutzmittel gegeben wäre.

Wenn ferner Jemand seinen Düngerplatz so nahe an des Nachbars Wand anlegt, daß diese dadurch feucht und faul wird, so finden die nämlichen Gesichtspunkte, wie in frühern Fällen, Statt, und der gefährdete Nachbar kann mit vollem Rechte die Kaution fordern. L. 17. §. 2. D. si servit. vindicet. 8, 5.

Wenn endlich Jemand seine Wasserrinnen (foramina, fistulae) u. dgl. so nahe an dem Nachbarhause oder sonst so ungeschickt anbringt, daß dieses dadurch beschädigt werden kann, so soll dessen Besitzer ebenfalls sich durch die cautio damni infecti schützen können, nach L. 18. L. 29. D. de servit. praed. urban. 8, 2.

Diese cautio fällt aber bei uns in den meisten der genannten Fälle weg, da nach Sächsischem Rechte gesetzlich bestimmt ist, in welcher Entfernung vom Nachbarhause dergleichen Anlagen errichtet werden sollen. Sächs. Landrecht, Bd. II. Art. 51.

„Ofen, Wassergerinn, Heimlichkeiten und Schweinställe, die sollen drei Füße von eines andern Mannes Zaune stehen.“

Indessen im erstgedachten Falle bleibt die cautio noch immer anwendbar, und es lassen sich eine Menge analoge Fälle denken, bei denen die Bestimmungen des Sächsischen Landrechts oder anderer Gesetze nicht eingreifen.

---

27) In dieser Stelle ist zwar die Rede blos davon, daß, wenn durch ein Versehn, *culpa*, des Bäckers ein Schaden angerichtet wird, die Kaution nicht wirksam sei, weil dann eine andere Klage angestellt werden kann, die Kaution aber subsidiär ist. Stillschweigend aber ist der obige Fall ebenfalls darin enthalten.

§. 7.

In den bisher aufgezählten Fällen wurde die cautio damni infecti nicht nur wegen Bauten und Anlagen, opera, quae solo conjuncta sunt, sondern auch wegen anderer Werke, Arbeiten und einzelner Handlungen gestattet, woraus denn erhellt, daß opus bei unserer cautio in einem weiteren Sinne genommen werden muß. Die Gegner dieser Ansicht wollen freilich entgegnen, daß in den Fällen, wo man auch einfacher Handlungen und Arbeiten wegen caviren müsse, blos von Handlungen, welche man auf fremdem Gebiete vornimmt, die Rede sei, und dann natürlich jeder aus ihnen entstandene Schade dem Eigenthümer ersetzt werden müsse. Aber einmal ist in dem Titel de damno infecto gar keine Definition von opus gegeben, ferner ganz allgemein ausgesprochen, daß wegen damnum, quod operis vitio fit, die Kaution Statt finde, nirgends aber ein Unterschied gemacht, ob das opus in suo oder in alieno geschieht. Der Unterschied also, welchen neuere Juristen machen, ist weder in den Quellen, noch in der Natur der Sache begründet, mithin ungegründet und willkührlich. Denn wer auf fremdem Grund und Boden Arbeiten u. s. w. vornimmt, thut dies entweder jure servitutis oder zu Folge eines anderen Rechts, und bedient sich daher eben so gut seines Rechts, als derjenige, welcher auf dem Seinigen etwas unternimmt, und kann mithin eben so gut wie dieser sagen, qui jure suo utitur, nemini facit injuriam. — Aber jener Einwand selbst, daß in den Fällen, wo auch einzelner Handlungen und Arbeiten wegen cavirt werden müsse, nur von Handlungen auf fremdem Grund und Boden die Rede sei, ist nicht einmal gegründet, indem auch derjenige caviren muß, welcher auf dem Seinigen so gräbt, daß des Nachbars Wand Einsturz droht, oder welcher seinen Backofen so nahe an des Nachbars Wand angelegt hat, daß dieser selbst durch (an sich) schuldlosen Gebrauch desselben gefährdet wird. Wollte man mir entgegnen, das Graben, Fodire, sei ein opus solo conjunctum, so ver-

weise ich auf den Nachsatz des Juristen, in L. 1. §. 11. D. de oper. nov. nunt., welcher die Erklärung der opera solo conjuncta enthält, — „opera, quae solo conjuncta sunt, quorum aedificatio vel demolitio novum opus continere videtur."

Hier sind unstreitig opera, quae solo conjuncta sunt, von schon vollendeten Gebäuden und Anlagen zu verstehen, das Graben (fodire) aber ist weder ein Bauen, noch geschieht es immer in Bezug auf Bauten u. dgl. [28]).

Endlich fragt man wohl ziemlich subtil, was dann *vitium* operis bedeute, wenn man auch wegen des Schadens, der aus einzelnen Handlungen und Arbeiten entstehe, caviren müsse; denn dann sei es genug, zu sagen: ut ne quid *opere* (nicht operis vitio) damnum factum sit; stipulatio interponitur," cfr. L. 24. §. 2 u. 12. D. h. t. Ja man interpretirt wohl gar vitium operis dahin, daß es eine culpose oder eine gegen die technischen Regeln eines Gewerbes erfolgte Handlung sei. Aber man lese nur die Schlußworte der L. 18. §. 4. D. eod.:

> — „in quas actiones (locati conducti) *ultra culpam* nihil venit, plus autem venit in stipulationem damni infecti, quod *quidem vitium ejus dicitur*" —

und man wird nicht läugnen können, daß vitium in einem weitern Sinne zu nehmen sei, und das Verhältniß der Handlung zum Schaden bezeichnet, zu Folge dessen dieser die Wirkung, jene die Ursache ist, mithin mit culpa im weitesten Sinne des Römischen Sprachgebrauchs zusammenfällt [29]). Für diese Bedeutung des vitium sowohl als der culpa fehlt es uns auch nicht an Belegen aus Schriftstellern. So sagt Cicero häufig meum, tuum vitium

---

28) Dies erhellt auch aus *l.* 18. *D. ratam rem haberi.* 46, 8. Dort heißt es vom *promissor damni infecti nomine: „cavet enim, si quid ibi ruet, scindetur, fodietur, aedificabitur."* — *Fodire* und *aedificare* wird also hier getrennt.

29) Daher heißt es auch in *l.* 15. §. 2. *D. h. t.: deinde ait praetor: de eo opere, quod in flumine — fiat"* — und in §. 5., *de eo opere, sic accipe; de eo damno, quod ex opere fiet."*

est, es ist meine, deine Schuld. „Quamvis quis vitio fortunae non suo decoxisset," Cic. Phil. II. 18.

Ein Beispiel, wo der angerichtete Schade nicht die Folge und Wirkung des opus sein soll, in L. 18. §. 1. D. h. t.

Sechstes Kapitel.

Verschiedenheit der *cautio damni infecti* rücksichtlich des Verpflichtungsgrundes.

lex s. edictum — voluntas partium — paries communis.

Schon oben sahen wir, daß die cautio damni infecti durch Stipulationen begründet wurde, und daß diese in stipulationes judiciales, praetoriae, communes und conventionales eingetheilt wurden. Wir bemerkten zugleich, daß uns hier die stipulationes praetoriae und conventionales interessiren würden. Bisher nun haben wir die cautio damni infecti nur in den Fällen betrachtet, für welche sie der Prätor in seinem Edicte aufgestellt und versprochen hatte, und in welchen er sie bei der Ausübung der Rechtspflege dem nach dem Worte und Geiste des Edicts dazu Verpflichteten gebot — also die gesetzliche, gesetzlich gebotene [2]) cautio damni infecti.

Doch scheinen die Vortheile, welche, wie mehrfach erwähnt worden ist [3]), unsere Kaution darbietet, die Römer bewogen zu haben, auch in Fällen, wo diese nicht geboten war, also weder gesetzlich verlangt werden konnte, noch geleistet werden mußte, derselben sich bedient,

---

1) Vergleiche Kap. 4.

2) „*cautio necessaria*" *l.* 39. *pr. D. de damno infecti.*

3) „*quod et commodius jus est et plenius*" rühmt Gajus von der *tipulatio damni infecti*, *comment. IV*, §. 31.

und in Folge besonderen Uebereinkommens und Vertrags sie gefordert und geleistet zu haben, wobei denn nicht selten gegenseitige Kaution vorkommt, stipulatio et restipulatio damni infecti [4]). Dergleichen Conventionalcautionen weichen natürlich vielfach von den Regeln der gesetzlich gebotenen ab, z. B. hinsichtlich der Subsidiarität, und haben dadurch namentlich den ältern Juristen, z. B. Faber in seinen Conjectur. jur. sehr viel zu schaffen gemacht, da sie niemals ihrem wahren Wesen nach erkannt und beurtheilt worden sind. Deshalb wollen wir die in den Quellen enthaltenen Beispiele etwas weitläufiger durchgehn, da sie, wenn auch nicht für den jetzigen Gebrauch der cautio d. inf. sehr bedeutend, doch wenigstens für das Verständniß der Stellen interessant sind.

1) Das erste Beispiel liefert uns L. 43. §. 1. D. de damno infecto:

„Quum *parietem cummunem* [5]) aedificare quis cum vicino

---

4) *l.* 43. §. 1. *D. h. t.*

5) Der bei den Römern häufige *paries communis* scheint auch häufig zu Streit und Streitfragen Veranlassung gegeben zu haben. Man vergleiche darüber *l.* 8. *l.* 13. *l.* 19. *l.* 25. §. 1. *l.* 40. *D. de servitut.* 8, 2. *l.* 14. §. 1. *D. si servit. vindicet.* 8. 5. *l.* 35. *l.* 36. *l.* 37. *l.* 39. *pr. l.* 40. §. 1. *l.* 41. *l.* 43. §. 1. *D. de damno infecto.* — Aus der Vergleichung dieser Stellen lassen sich wohl folgende Grundsätze über den *paries communis* in Beziehung auf unser Thema entwickeln.

Eine gemeinsame Wand darf der eine Berechtigte wider den Willen des andern nicht ausbessern noch zu diesem Zwecke einreißen. *L.* 8. *D.* 8. 2.:

„*Parietem, qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi eum et reficiendi jus non est, quia non solus dominus est.*“

Wenn aber der Eine wegen drohender Gefahr sie zu repariren wünscht, der andere aber, auf sein Recht gestützt, dies hartnäckig verweigert, so kann der Erstere sich durch die *cautio damni infecti* schützen. *l.* 28. *D.* 39, 2, *verbis*:

— „*idemque jus esse, cum propter vitium communis parietis, qui sibi cavit.*“ —

Wenn hingegen der Andere es erlaubt, und der Erstere beginnt die Ausbesserung, Zerstörung ꝛc. des *paries communis* allein, so kann jener die *cautio damni infecti* fordern, wegen des aus dem Bau ihm entspringenden Nachtheils. *l.* 37. *cfr. l.* 35. *D. eod.*

vellet, priusquam veterem demoliretur, damni infecti vicino repromisit, adeoque *restipulatus est*; posteaquam paries sublatus esset, et habitatores ex vicinis coenaculis emigrassent, vicinus ab eo mercedem, quum habitatores non redderent, petere vult. Quaesitum est, an recte petet? Respondit: *non oportuisse eos*, quum communem parietem aedificarent, inter se repromittere, neque ullo modo alterum ab altero *cogi potuisse;* sed si maxime repromitterent, tamen non oportuisse amplius, quam partis dimidiae, quo amplius ne extraneo quidem quisquam, quum *communem* parietem aedificaret, repromittere deberet; sed quoniam jam in *totum* repromisisset, *omne, quod detrimenti ex mercede vicinus fecisset, praestaturum.*

Nach den Bestimmungen des Edicts würde die cautio d. inf. nicht zulässig gewesen sein, wenn beide Berechtigte ihre Koppelwand gemeinschaftlich bauen, theils weil der daraus entstandene Schaden zulgeich mit durch die eigene Handlung dessen veranlaßt worden ist, der Kaution fordern wollte, theils weil diesem wegen eines Verlustes, welcher ihm widerrechtlich zugefügt worden, andere Klagen (communi dividundo, pro socio actio) zustehen würden, keineswegs aber unsere subsidiäre Kaution [6]. Mithin kann in jener Stelle nur von einer Conventionalcaution die Rede sein, die dann auch nach den Grundsätzen von Verträgen behandelt wird, was aus den Schlußworten der Stelle „sed quoniam jam — praestaturum“ im Gegensatz zu den vorhergehenden „sed si maxime — deberet“ deutlich hervorgeht.

2) Einen andern Fall enthält L. 39. pr. D. h. t. „Inter quos paries communis est, aedificiorum nomine, quae quisque propria habet, stipulari damni infecti *solet. Sed tunc ea cautio necessaria est,* quum aut alter solus aedificat, et vitium ex eo futurum est, aut alter pretio-

---

6) Vergl. Kap. 7. §. 3.

siora aedificia habet, et plus damni sensurus sit decidente pariete; alioquin si periculum aequale est, quantum quis vicino praestat, tantum ab eo consequitur."

Diese Stelle scheint von jeher den Interpreten eine Klippe gewesen zu sein und hat die sonderbarsten Interpretationen veranlaßt, welche sämmtlich einzeln zu widerlegen, nur zeitraubend und langweilig sein würde [6]). Ich selbst nehme die in der 1. Ausgabe, S. 31 entwickelte Ansicht von derselben zurück, und möchte jetzt sie so erklären:

Die Nachbarn, welche eine gemeinschaftliche Wand zwischen sich haben, pflegen ihrer Gebäude wegen, die sie eigenthümlich besitzen, der cautio damni infecti sich zu bedienen. Auch dann, wenn sie nicht gesetzlich geleistet zu werden braucht (mithin Conventionalcaution), z. B. wenn Einer oder der Andere von dem Einsturz der gemeinschaftlichen Wand Schaden befürchtet, ohne daß irgend eines von ihnen durch Bauen oder Ausbessern der Mauer dazu Veranlassung gegeben hätte, mithin gegen den Ausspruch der lex 40. §. 1. D. de damno infecto:

„Quoties communis parietis vitio quid accidit, socius socio nihil praestare debere; cum communis rei vitio contigit. Quodsi quia alter eum presserat, vel oneraverat, idcirco damnum contigit: consequens est dicere, detrimentum hoc quod *beneficio ejus* [7]) contigit, ipsum sarcire debere.

---

6) Dort nahm ich das „*aedificat*" vom Bauen des Nachbarhauses, nicht vom Wi derherstellen der Koppelmauer und hielt die „*cautio necessaria*" für eine zwar nicht im Edict gebotene, aber doch unter Umständen nützliche Conventionalcaution mit Beziehung auf *l.* 40. §. 1. *D. h. t.* Das „*alioquin si aequale periculum etc.*" erklärte ich so: die Nachbarn eines *paries communis* pflegten zu Folge besonderem Uebereinkommens zu stipuliren und restipuliren. Bei gleicher Gefahr versprach Einer dem Andern so viel zu ersetzen, als dieser ihm wieder versprach. Stürzte nun die Wand ein, so gab Einer dem Andern ein so großes Quantum Schadenersatz, als dieser ihm wieder gab, und so war es eben so gut, als hätten sie nicht cavirt. Anders war es dann (*sed tunc cautio necessaria*), wenn die Gefahr Beider nicht so groß war, sondern der Eine allein baute u. s. w.

7) *Westphal, de libert. et ser. praed.* §. 224. erklärt das *beneficio ejus* durch „*pro facto ejus — est enim elegantia Ulpiano propria.*"

Quodsi aequaliter utriusque oneribus pressus decidit, rectissime Sabinus scripsit, parem utriusque causam esse. Sed si alter plures vel pretiosiores res amiserit, melius est dicere, quia ambo onera imposuerunt, neutri adversus alterum competere actionem."

Auch dann pflegten ferner die Nachbarn eines paries communis die Kaution sich zu leisten, wenn Beide mit einander die gemeinschaftliche Wand bauten oder ausbesserten. Dies ist der Fall einer Konventionalcaution sub. 1. Gesetzlich aber, und im Edict geboten ist die cautio damni infecti beim paries communis für den Fall (sed tunc ea cautio necessaria est), wenn einer der beiden berechtigten Nachbarn die gemeinsame Wand allein baut, cfr. cap. 6. Not. 5., oder wenn Beide zugleich bauen, der Eine aber mehr gefährdet ist, als der Andere. Denn ist die Gefahr Beider ganz gleich, so kann Keiner den aus dem Bauen entstandenen Schaden von dem Andern ersetzt verlangen (vergl. das Beispiel sub 1. dieses Kap.), sondern er kann nur verlangen, daß, da er nur zur Hälfte zu den Kosten des Baues beitragen muß, der Andere ihm vergüte, was er mehr als die Hälfte geleistet hat, quantum vicino praestat, tantum ab eo consequitur. Wenn aber die Gefahr für den Einen größer ist, so trägt zwar Jeder von Beiden geichmäßig durch eigne Handlungen (das Bauen) zum Schaden bei, [parem utriusque causam [8]]; aber der daraus entstandene Schaden selbst würde ungleichmäßig sein, und der vorzugsweise Gefährdete hat deshalb ex aequitate die cautio damni infecti hinsichtlich des größern Schadens [9]).

Ich muß gestehn, daß dies eine ganz eigenthümliche Eleganz wäre, und glaube, daß es eher von einem Schaden die Rede ist, den der Eine durch seine Nachsicht erlitten hat.

8) Siehe die cit. *l.* 40. §. 1. *D. h. t.*

9) Noch ein Beispiel von Conventionalstipulation in *l.* 17. §. 2. *D. si serv. vind.* 8, 5. Vergl. die im 7. Kap. §. 3. davon gegebene Erklärung.

3) Uebrigens enthält der Titulus D. de damno infecto noch andere Vorschriften über den paries communis, dessen Niederreißen und Ausbessern, welche zwar auf die gesetzlich gebotene cautio damni infecti sich beziehn, aber hier ihren Platz finden mögen, wo einmal der paries communis Gegenstand unserer Betrachtung ist.

Diese Vorschriften finden sich in L. 35. L. 36. L. 37. D. h. t. und enthalten kurz Folgendes:

Wenn beide Nachbarn gemeinschaftlich die gemeinsame Wand bauen und ausbessern, so soll bei gleicher Gefahr keiner dem andern Kaution leisten. Wenn aber einer allein dies thun würde, so soll der andere allerdings sich durch dieselbe schützen können, wie wir schon mehrfach erwähnt haben. In diesem Falle jedoch soll, wenn ein Schaden für den Andern wirklich eintritt, untersucht werden, ob die Mauer noch gut und brauchbar war oder nicht, „an satis aptus fuerit paries oneribus ferendis, nec nc." War sie wirklich unbrauchbar und bedurfte sie in der That der Hülfe, so soll der Nachbar, welcher sie allein baut, durch die geleistete Kaution zu nichts verpflichtet werden [10]), „nisi *sumtuose* aut *parum bonus* paries sit restitutus;" Worte, welche die wunderlichsten Interpretationen veranlaßt haben [11]), und welche doch nicht mehr sagen wollen, als daß der allein bauende Nachbar, wenn er entweder übertriebnen Aufwand auf die Mauer macht oder sie schlecht baut, im ersten Falle nur die Hälfte des gewöhnlichen Aufwandes von dem socius ersetzt bekommt, und was darüber hinausgeht, allein tragen, und im andern Falle die schlechte erbaute Wand besser wieder herstellen, oder dem Nachbar des drohenden Nachtheils wegen caviren muß.

War aber die von dem einen Nachbar niedergerissene gemeinsame Wand noch gut und brauchbar, so ist er durch die geleistete

---

10) *l.* 37. *D. h. t.* „*nec debet, si quid damni ex hac causa contigit, is, qui demolitus est, teneri, nisi sumtuose aut parum bonus paries sit restitutus.*

11) z. B. die Glossa: „*sic plenus sumtibus, ut cadere oportuerit.*"

Kaution gehalten, nicht nur dieselbe allein wieder herzustellen, sondern auch dem andern Nachbar allen durch das Niederreißen und Wiederaufbauen der Wand zugefügten Schaden zu ersetzen.

Siebentes Kapitel.

Allgemeine Erfordernisse und Voraussetzungen der *cautio damni infecti.*

damnum futurum — *damnum injuria datum* — Subsidiarität der Kaution.

Wir gehen in diesem Kapitel zur Erörterung der Frage über, unter welchen Voraussetzungen findet die Kaution in den oben aufgezählten Fällen Statt, ohne uns noch zur Zeit auf die Erfordernisse in der Person derer einzulassen, welche die Kaution fordern können und leisten müssen. Diese können subjective Erfordernisse genannt werden und beruhen auf besonderen Prinzipien, jene mögen objective heißen, und gehen aus dem Begriff und dem Zweck der cautio damni infecti hervor. Von den erstern im folgenden Kapitel, von den objectiven oder allgemeinen Voraussetzungen in diesem Abschnitte und zwar der bessern Uebersicht wegen unter drei Paragraphen.

§. 1.

Damnum futurum.

(Ausnahmen: Retentionsrecht — *Interdictum* — *in factum actio.*)

Unsere Kaution wurde im Gegensatz zu dem ältesten Verfahren propter damnum ex aedium vitio [1]) deshalb namentlich eingeführt, damit der Betheiligte nicht nur jedenfalls vollen Scha-

---

1) Vergl. Kap. 3. dieser Abhandlung.

densersatz erhalte, sondern auch möglicher Weise den Schaden ganz abwende und seine Sachen ganz unversehrt bewahre [2]). Zu diesem Zwecke muß natürlich dieselbe re integra, bevor noch der Schaden sich ereignet hat, gefordert, der Eigenthümer dadurch gewarnt und zur Abhülfe der Gefahr ermahnt werden. Sie kann also nur ein damnum infectum, einen zukünftig befürchteten und zu befürchtenden Schaden enthalten. Dies sagt auch Ulpian ausdrücklich in L. 7. §. 1. D. h. t.:

„Hoc edictum prospicit damno nondum facto, quum ceterae actiones ad damna, quae contigerunt, sarcienda pertineant, ut in legis Aquiliae actione et aliis. De damno facto nihil edicto cavetur."

Fast gleichlautend damit sind L. 14. §. 2. D. de aqua et aq. pluv. 39, 3. L. 27. §. 10. D. ad leg. Aquil. 9, 2.

Auch in deutschen Rechten finden sich ganz ähnliche Bestimmungen, z. B. im Lübischen Rechte, lib. 4. tit. 3. art. 5.:

„Da Jemand hätte alte Gebäude oder etwas anders, davon man sich Fallens oder Schadens zu vermuthen, und der Besitzer derwegen verwarnet, dasselbige zu verändern und zu bessern: Würde er die Verbesserung nicht thun, und darüber einfallen, oder sonsten Schaden entstehn, den soll er gänzlichen zu erstatten und abzutragen schuldig sein. Würde er aber nicht verwarnet, so darf er dem Schaden nicht antworten."

Demnach soll der beschädigte Nachbar, welcher sich nicht durch die Kaution gesichert hat, gar keine Klage haben, nach *Gajus*, L. 6. D. h. t. — „adeo ut plerisque placuerit, ne cogi quidem eum posse, ut rudera tollat, si modo omnia, quae jaceant, pro derelicto habeat."

Dem scheint zu widersprechen, wenn Ulpian in L. 7. §. 2.

---

2) „*damni seu arcendi seu sarciendi causa si rebus integris (damno nondum facto) stipulamur, una haec ratio est communis.*" *Donell. l. l.*

D. h. t. sagt, daß wenn der Besitzer des schadhaften und schädlichen Gebäudes den Ueberfall und die Trümmer von des beschädigten Nachbars Grundstücke wegholen wollte, dieser dies ihm nur zu gestatten brauche, wenn er Alles (ut quae inutilia) wegräumen und nicht nur den zugefügten Verlust, sondern auch den Schaden ersetzen wolle, welcher vom Wegräumen zu befürchten sei [3]). Wenn er aber nicht wegräumen u. s. w. wolle, so hätte der Beschädigte ein Interdict, wodurch er den Nachbar zwingen könne, entweder die Trümmern wegzuräumen oder sein ganzes Gebäude aufzugeben.

Diesen Widerspruch Ulpians mit Gajus vermittelt die L. 8. D. eod., wo es von dem Interdict heißt:

„Quod forte tunc recte dicetur, quum non ipsius negligentia, sed propter aliquod impedimentum sibi non prospexit.“

In L. 9. eod. fährt dann Ulpian fort:

Julian sei sogar der Meinung, daß man durch das Interdict den Besitzer des schädlichen Gebäudes nicht nur zwingen könne, den Ueberfall wegzuräumen, sondern auch zu versprechen, daß er den vorhandenen Schaden ersetzen wolle (ut etiam de praeterito damno caveret).

„Quod enim re integra custoditur, hoc non inique etiam post ruinam aedium praestabitur; integra autem re unusquisque cogitur, aut de damno infecto cavere, aut aedibus cavere, quas non defendit.“

Lex 6. L. 7. §. 2. L. 8 L. 9. pr. mit einander verbunden und vereinigt, würden also folgende Grundsätze enthalten:

Wer aus Nachlässigkeit und dergl. die Kaution zu fordern unterläßt, hat nur ein Retentionsrecht an dem Ueberfall. Will aber der Nachbar die Trümmern im Stiche lassen, so hat er gar

---

3) „*nec solum de futuro, sed etiam de praeterito cavere eum debere.*“

kein Hülfsmittel, und kann denselben nicht einmal zwingen, den ihm lästigen Ueberfall wegzuräumen.

Wer hingegen aus einem gerechten Hinderungsgrunde z. B. wegen der Kürze der Zeit oder wegen Abwesenheit in Staatsangelegenheiten [4]), die Kaution zu fordern unterläßt, dem soll durch das Interdict geholfen werden, welches darauf geht, daß der Nachbar entweder den Ueberfall wegräumt und den Schaden ersetzt oder das ganze [5]) Gebäude derelinquiren muß, ähnlich dem, der bei verweigerter Kaution durch die missio ex secundo decreto das Eigenthum verliert [6]).

Wegen eines damnum praeteritum s. datum kommt indeß nicht nur dieses Interdict, sondern auch eine utilis oder in factum actio vor in dem Fall, wo die Kaution zwar schon gerichtlich gefordert war, aber der Schaden schon eingetreten ist, während der Prätor die Zulässigkeit der cautio noch prüfte und untersuchte. L. 15. §. 28. D. h. t.

> „Praetor tamen decernere debet, quidquid damni contigerit ut de eo quoque caveatur, aut si putat, quod utiliter actionem daturus sit, decernat."

Die Worte decernere debet — ut de eo quoque caveatur," verstand ich in der ersten Ausgabe von dem Interdictum [7]) in L. 7. §. 2. D. eod.; ich möchte sie jetzt aber lieber so verstehn: der Prätor soll, da die Kaution in dem genannten Falle zur rechten Zeit gefordert [8]) ist, gar nicht auf den eingetretnen Schaden Rücksicht nehmen, sondern als ob er nicht eingetreten wäre, auf Stipulation erkennen.

---

4) *l. 8. l. 9. pr. D. h. t.*

5) Nicht wie sonst, blos den Ueberfall, *omnia quae jacent*, aufgiebt, sondern *totas aedes. l. 7. §. 2. D. h. t.* am Ende.

6) Ueber dieses Interdict siehe noch Zimmern, Rechtsgesch. 3. Bd. §. 73.

7) Vergl. die Glosse *ad leg. 15. §. 28. D. h. t.*

8) *re integra, damno nondum dato.*

Eine in factum actio de damno dato soll auch dann zulässig sein, wenn der Beschädigte die Kaution deshalb nicht forderte, weil es nicht gut möglich war, die drohende Gefahr zu bemerken und vorauszusehn. L. 27. §. 10. D. ad leg. Aquil. 9, 2. [9]).

§. 2.

damnum quod injuria fit.

Der Schaden, welcher bei der cautio damni infecti in Frage kommt, muß ferner ein solcher sein, welcher durch unvorsichtigen, leichtfertigen Gebrauch seines Rechtes von Seiten des Eigenthümers des Gebäudes oder der Anlage veranlaßt, und durch Störung eines Rechtes den Betheiligten zugefügt wurde.

Hinsichlich des ersten Punktes braucht also der Eigenthümer den durch seine Gebäude oder seine Arbeit verursachten Schaden dann nicht zu ersetzen und deshalb die Kaution zu leisten, wenn ihm derselbe nicht zugerechnet werden kann, namentlich wenn ein *reficere* nicht möglich war, da die cautio bekanntlich eine alternative Verbindlichkeit begründet, entweder zu bessern, oder den Schaden zu ersetzen. Demnach kann ein casueller Schaden, welchen z. B. ein Erdbeben, eine Ueberschwemmung, ein heftiger Sturm (et alia ratio, quae vim habet divinam) veranlaßte, nicht Gegenstand der Kaution sein. L. 24. §. 3 — 4. 8. 9 — 10. D. h. t.; die Gebäude, Anlagen u. s. w. müßten denn in einem so baufälligen und so schadhaften Zustande gewesen sein, daß sie auch beim geringsten Unwetter zusammengestürzt oder auf andere Weise schädlich geworden wären.[10]) L. 24. § 9—11. D eod.

Auch können wir nicht eines schädlichen Werkes wegen in An=

---

9) Siehe die Erklärung dieser Stelle in Kap. 7. §. 3.

10) Hier war also ein *reficere* möglich, so wie in dem Falle der *l.* 24. §. 5. *eod.*, wo allerdings die Ueberschwemmung die Gebäude des *promissor* dem Einsturze nahe gebracht, aber ihm doch noch Zeit gelassen hatte, sie zu befestigen, zu stützen und auszubessern.

spruch genommen werden, das ein Anderer errichtete, welchen wir nicht verhindern konnten. L. 24. §. 6. §. 8. D. eod.

Endlich kann nur ein Schaden, welcher durch Störung eines Rechtes dem Betheiligten zugefügt wurde, bei der Kaution beachtet werden. Dieser muß nun entweder darin bestehen, daß dem Betheiligten von dem Seinigen etwas widerrechtlich entrissen oder zerstört, oder wenigstens ein Vortheil entzogen worden ist, auf dessen Genuß er ein vollkommnes Recht hatte. Dies erläutert Ulpian in L. 24. §. 3. D. eod.:

> „Haec stipulatio utrum id solum damnum contineat, quod injuria fit, an vero omne damnum, quod extrinsecus contingat?"

und fährt dann in §. 12. eod. fort:

> „Item videamus, quando damnum dari videatur? Stipulatio enim hoc continet, quod vitio aedium, loci, operis damnum fit; ut puta in domo mea puteum aperio, quo aperto venae putei praecisae sunt, an tenear? Ait Trebatius: non teneri me damni infecti; neque enim existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua jure meo usus sim. *Si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur.*"

Daß aber die Kaution zulässig sein soll, sobald mein Graben auf meinem Grundstück des Nachbars Wand gefährdet, hingegen unzulässig, sobald dadurch dem Brunnen desselben das Wasser entzogen wird, hat Manchem wunderbar geschienen und die wunderlichsten Meinungen hervorgerufen [11]). Ganz einfach indeß läßt sich die Stelle durch Vergleichung mit andern, namentlich L. 26. D. eod.

---

11) J. W. *C. Fr. Walch*, *disquisitio de stipulatione damni infecti*, *Jen.* „*verum tamen haud difficile est*, *illam* (*causam distinctionis*) *indagare*, *si ad discrimen inter puteum ac parietem domus respicimus ac consideramus*, *aedes quidem sine puteo*, *minime vero sine pariete consistere posse.* — *Quum praesertim imperatores prospicere solerent*, *ne urbs ruinis aedium difformaretur.*" —

so erklären: Die Kaution ist unzulässig und unwirksam, sobald Jemand ein bloßer Vortheil (lucrum) entrissen wird, auf welchen er kein Recht hat, z. B. wenn ich ein vollkommen helles Haus besäße, weil der Nachbar sein jus altius tollendi noch nicht ausgeübt hat, dieser Vortheil aber mir durch den Nachbar entrissen wird, sobald er sein Servitutrecht benutzt. Hingegen ist die Kaution zulässig, sobald dem Betheiligten ein positiver Schaden widerrechtlich zugefügt, oder ein Gewinn entrissen wird, auf dem er ein Recht hat (lucrum cessans), z. B. wenn ihm seine Wand unterwühlt wird, oder seinem Hause das Licht dadurch entzogen wird, daß der Nachbar, welchem eine servitus altius non tollendi aufliegt, höher baut;

„multum interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro quod adhuc faciebat, uti prohibeatur.“ L. 26. eod.

Wenn aber der Bedrohte selbst etwas Unerlaubtes that, oder sonst sich etwas zu Schulden kommen ließ, so soll ihm zur Strafe die Kaution nicht geleistet werden; z. B. wenn er die Kaution derselben Sache wegen verlangt, derentwegen er früher sie einem Andern verweigert hat, L. 13. §. 11. D. eod; oder wenn er näher, als gesetzlich erlaubt ist, an ein anderes Gebäude anbaut, oder ein anderes Gebäude zu nahe an dem seinigen errichten läßt, und dadurch bedroht wird;

L. 13. §. 7. D. eod.; cfr. l. ult. D. fin. regund. 10, 1. L. 11. Cod. de aedif. priv. 8, 10.

oder wenn er endlich ein baufälliges Gebäude miethet, L. 13. §. 6. D. h. t.

§. 3.

Ueber die Subsidiarität der *cautio damni infecti.*

Da der Zweck aller Kautionen Sicherheit eines zukünftigen Anspruchs ist, da namentlich unsere Kaution durch stipulationes cautionales, „quae ut nova sit actio, intercedunt,“ bestellt wird, so folgt schon aus dem Zwecke und Begriffe unserer Kaution

daß sie regelmäßig nur dann Platz greift, wenn für einen gewissen, zukünftigen Anspruch noch keine Sicherheit, keine Klage vorhanden ist. Dies bestätigen auch ausdrückliche Gesetze:

„Inutilem esse damni infecti stipulationem, quo casu damnum alia actione sarciri possit" — sagt Gajus, L. 32. fin. D. h. t.

und ihm stimmt Paulus in L. 18 § 9. eod. völlig bei:

„Et quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur."

Daraus erhellt, daß nicht nur (re integra) keine Klage vorhanden sein darf [12]), durch welche wir die drohende Gefahr und Beschädigung abwenden können, sondern auch nach eingetretener Beschädigung kein Rechtsmittel stattfinden darf, mit welchem wir den Schaden verfolgen können. Mithin ist nicht nur die Kaution selbst (stipulatio), sondern auch die Klage aus derselben (actio ex stipulatu) subsidiär. Denn subsidiär ist [13]) im Allgemeinen eine Klage, „wenn sie bei dem Vorhandensein ihrer ganzen übrigen materiellen Grundlage blos um deswillen ausgeschlossen ist, weil eine andere, dieselbe Rechtsverletzung hebende Klage von gleicher Wirkung noch neben ihr besteht."

Es giebt jedoch Gesetzstellen, welche dieser Eigenthümlichkeit der cautio d. inf. zu widersprechen scheinen, und folglich auch Schriftsteller, welche sie ganz läugnen. Zu diesen gehört namentlich auch C. A. Schneider, in seiner Abhandlung „über die allgemein subsidiären Klagen, des Röm. Rechts," S. 94, welcher jene Widersprüche durch die Annahme erklären will, daß auch über diesen Punkt ein Schulstreit zwischen Proculejanern und Sabinianern Statt gefunden habe, in welchem die Sabinianer sich für die

---

12) Es darf nicht einmal in unserer Macht stehen, die Gefahr, ohne Eingriff in fremde Rechte abzuwenden. Z. B. *l.* 32. *D. de damno inf.* 39. 2.

13) So definirt C. Alb. Schneider, die allgemein subsidiären Klagen des Röm. Rechts. Rostock, 1834.

Subsidiarität der Kaution entschieden, die Proculejaner sie geläugnet hätten. Indessen wird weder durch diese Annahme für uns etwas gewonnen, da es immer noch zweifelhaft bleiben würde, welcher Meinung wir beitreten sollen, noch ist sie dadurch erwiesen, daß Gajus, der ein Sabinianer gewesen sein soll, in L 33. fin. D. h. t. die Subsidiarität der Kaution behauptet und hinzufügt: „et est plane nostrorum praeceptorum haec sententia," — und daß die von Schneider citirte L. 13. §. 1. D. de serv. praed. urb. 8, 2. [14]) Proculus, das Haupt der Proculejaner, zum Urheber hat, indem ja in derselben kein Zweifel an der genannten Eigenthümlichkeit der Kaution wahrzunehmen ist. Doch führt Dr. Schneider andere Stellen noch an, welche allerdings Zweifel erregen können:

L. 17. §. 2. D. si serv. vind. 8, 5.

L. 27. §. 10. D. ad leg. Aquil. 9, 2.

L. 3. §. 6. D. quod vi aut clam. 43, 24.

zu denen ich noch hinzufügen möchte:

L. 18. D. de serv. praed. urb. 8, 2.

L. 1. §. 3 u. 5. D. de ripa muniend. 43, 15.

L. 13. §. 10. L. 39. pr. L. 43. §. 1. D. de damno inf.

In den beiden letzten Stellen (L. 39. pr. L. 43. §. 1. D. h. t.) ist nun aber von Conventionalkautionen die Rede, von welchen schon oben erwähnt wurde, daß sie mehr wie Verbalcontracte zu betrachten und auch da statthaft und wirksam sind, wo es noch andere Rechtsmittel von der nämlichen Wirkung geben würde [15]).

Ferner muß die cautio damni infecti die subsidiäre Natur nothwendiger Weise zu Folge des besondern Motives, welches den

---

14) „*Parietem communem incrustare licet secundum Capitonis sententiam, sicut licet pretiossimas picturas habere in pariete communi; ceterum si demolitus sit vicinus, et ex stipulatu actione damni infecti agatur, non pluris quam vulgaria tectoria, aestimari debent.*

15) Vergl. Kap. 6.

Prätor bei ihrer Gestattung leitete, in allen den Fällen abstreifen, wo man sie leisten muß, um durch ein Interdictum prohibitorium bei seiner Arbeit, seinem Bau geschützt zu werden. Hier gerade wird der zur Kaution Berechtigte meist andere Klagen haben; denn da ein Klaganspruch meist auch excipiendo geltend gemacht werden kann, die exceptio damni ex opere futuri aber die schleunige Abhülfe durch das Interdict würde vereitelt haben, so bestimmte eben der Prätor [16]), sowohl um jene exceptio für immer abzuschneiden, als auch um zugleich den Excipienten auf andere Weise gegen Beschädigungen sicher zu stellen, daß jeder, welcher durch ein Interdictum prohibitorium gegen Störungen geschützt sein wollte, dem Nachbar zuvor die cautio damni infecti ex operis vitio leisten sollte. Unmöglich konnte sie also hier in subsidium gestattet werden; deshalb bemerkt auch Voet ganz richtig in seinem Kommentar ad h. t. rücksichtlich der L. 1. §. 5. D. de rip. muniend., daß die Kaution subsidiär sei, nur mit der Ausnahme „quod is, qui ripam suam munire vult, de damno infecto vicinis cavere debeat, cum tamen ob damnum ex ripae munitione illatum actione legis Aquiliae adversus munientem experiendi potestas sit.“

Dergleichen Interdicte kamen vor, wenn Jemand auf fremden — in alieno, jure servitutis vel simili jure [17]) — oder auf öffentlichem — quasi in alieno [18]) — Grund und Boden eine Arbeit oder einen Bau vornimmt. Es bleiben mithin nur noch die Fälle übrig, wo Jemand propter aedium vel loci vitium [19]) die Kaution fordert, oder endlich einer Arbeit oder einer Anlage wegen, welche der Nachbar auf dem Seinigen (in suo) verrichtet [20]) oder errichtet.

---

16) Vergl. Kap. 5. §. 5.

17) Kap. 5. §. 6. Nr. 1 u. 2.

18) Kap. 5. §. 6. Nr. 3.

19) Ebendas. §. 1.

20) Ebendas. §. 6. Nr. 5.

Aber gerade für diese Fälle scheinen die oben angeführten Stellen zweifelhaft zu machen, ob die Kaution subsidiär sei, und es bedarf daher wohl einer sorgfältigen Prüfung jeder einzelnen. Wir beginnen die Reihe mit **L. 13. §. 10. D. h. t.**

„*Si quis opus novum nuntiaverit,* an nihilo minus damni infecti ei caveri debeat? Julianus tractat. Et magis probat, caveri oportere; nam et ei, *qui egerit, jus adversario non esse altius tollere* aedificium, caveri debere. Item eum, *adversus quem interdictum, quod vi aut clam* competit, cavere debere, Julianus ait, quia non est cautum neque de vitio aedium, neque de damno operis.“

Diese Stelle ist vielfach mißverstanden, und theils so aufgefaßt worden, als ob darin von den Personen die Rede sei, welche zur Kaution berechtigt und verpflichtet seien, theils so, daß sie gerade zu die Subsidiarität derselben läugnen soll [21]). Beides liegt nicht darin, vielmehr ist ihr Sinn folgender: Kann diejenige Partei, welche sich der operis novi nuntiatio oder der negatoria actio oder des Interdictum quod vi aut clam bedient hat, in gewissen Fällen auch noch die Kaution fordern? Allerdings, mag sie mit jenen Rechtsmitteln durchdringen oder abgewiesen werden, ohne daß dadurch der Subsidiarität zu nahe getreten wird. Denn wird die Partei damit zurückgewiesen, so setzt die gegnerische Partei den Neubau, die Erhöhung des Hauses u. s. w. mit Recht fort [22]), und ist die erstere Partei dabei durch das operis vitium bedroht, so hat sie ganz nach der Regel die cautio damni infecti. Dringt sie aber mit den erhobenen Klagen durch, so erlangt sie sowohl durch die operis novi nuntiatio, als durch die negatoria und das interdictum quod vi aut clam nicht nur die Hinderung und Hemmung des Baues, sondern vollen Schadensersatz [23]). Wozu dann noch die

---

21) Vrgl. die Glosse *ad. h. l.*

22) *l.* **1.** §. 9. *D. de operis nov.* 39, 1. *l. unc. Cod. h. t.*

23) *l.* 15. §. 7 — 12. *D. de interd. quod vi.* 43, 24.

Kaution? Ist hier dieselbe wirklich subsidiär? Fast möchte es nicht so scheinen. Aber wir wissen ja, daß die genannten Rechtsmittel auch darauf gehen, daß der Gegner das Neugebauete wieder wegnehme und das Zerstörte, Veränderte wieder herstelle [24]). Wenn nun durch das Wegnehmen und Einreißen, oder durch das Wiederherstellen, Wiederaufbauen eines Werkes die im Processe siegreiche Partei gefährdet wird, kann der neue Schaden noch durch die schon angestellten und entschiedenen Klagen verfolgt werden? Ich glaube nicht, und für diesen Fall ist nun die cautio damni infecti berechnet, wo sie dann einen von jenen Klagen ganz verschiedenen Zweck verfolgt. Dies unterstützt auch L. 14. §. 3. D. de aqua et aquae pluv. 39, 3.

„De eo, quod ante datum est damnum, *quod vi aut clam* agendum est, de eo quod post sententiam judicis futurum est, *damni infecti caveri* oportet, vel ita opus *restituendum* est, ut nullum periculum damni supersit.“

Durch diese Erklärung der obigen Stelle empfangen auch die dunklen Schlußworte derselben genügendes Licht. Sie lauten:

„quia non est cautum neque de vitio aedium neque de damno operis“. —

Eine solche Verbindung der cautio damni infecti mit andern Rechtsmitteln findet nicht nur bei den erwähnten, sondern auch bei andern Klagen Statt, z. B. bei der aquae pluviae arcendae actio. Man vergleiche die schon citirte Stelle L. 14. §. 3. D. 39, 3., und außerdem noch L. 5. eod. Die dabei vorkommende Kaution gehört folglich zu den Fällen sub 5. §. 6. im Kap. 5., wo der zu einem Bau oder einer andern Arbeit Verurtheilte durch diese den Sieger gefährdet und deshalb caviren muß.

In einer ganz besondern Verbindung steht endlich noch die Kaution mit der schon erwähnten operis novi nuntiatio L. 1. §. 17. D. 39, 1.

---

24) Vergl. die cit. Stelle u. *l.* 1. §. 7. *D. de op. nov.* 39, 1.

„Nuntiamus autem, quia jus aliquod prohibendi habemus, vel ut damni infecti nobis caveatur ab eo, qui forte in publico vel in privato quid molitur, aut —"

Doch davon in Kap. 11. §. 2.

Wir gehen deshalb zur Erklärung einer andern Stelle über, nämlich der L. 27. §. 10. D. ad leg. Aquil. 9, 2. Sie heißt:

„Si furnum secundum pariem communem haberes, an damni injuria tenearis? et ait Proculus: agi non posse, quia nec cum eo, qui focum haberet. Et ideo aequius puto, in factum actionem dandam, scilicet si paries exustus sit; sin autem nondum mihi damnum dederis, sed ita ignem habeas, ut metuam, ne mihi damnum des, *damni infecti puto sufficere cautionem.*"

Wenn demnach Jemand auf dem Seinigen an der gemeinsamen Wand einen Ofen erbaut, so bedient er sich blos seines Rechtes und die actio ex lege Aquilia ist nicht gegen ihn zulässig. Wenn er aber den Ofen so erbaut, daß auch ein vorsichtiges Heizen dem Nachbar Gefahr droht und dieser dieselbe bemerkt, so soll er die cautio damni infecti haben — sonst aber keine andere Klage, auch keine in factum actio („sufficere puto damni infecti cautionem"). Hat der Bedrohte aber sich nicht durch die Kaution geschützt — weil er, was oft der Fall sein kann, die Gefahr nicht ahnte, die Beschaffenheit und Lage des Ofens nicht kannte [25]) — und nun ist die Wand ausgebrannt, so will ihm der Prätor mit einer in factum actio zu Hülfe kommen, welche er auch sonst an Stelle oder in Folge der Kaution bisweilen gestattet. Da der Prätor aber nur dann eine in factum actio gab, wenn es im bestimmten Falle an einer bestimmten Klage fehlte, so folgt daraus, daß die citirte Stelle nichts der Subsidiarität Widerstreitendes enthält:

Auf ähnliche Weise ist dann auch die in L. 18. D. de serv.

---

25) Vergl. Kap. 7. §. 1. am Ende.

praed. urb. 8, 2. [26]) erwähnte in factum actio aufzufassen, und kein Widerspruch in ihr vorhanden.

Wir würden daher zur Prüfung der L 17. §. 2. D. si serv. vindicetur, 8, 5. übergehen können.

„Secundum cujus parietem vicinus sterquilinium fecerat ex quo paries madescebat, consulebatur, quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterquilinium tolleret? Respond.: si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, *de servitute agere oportere; sed si damni infecti stipulatus esset*, posse per eam stipulationem si quid ex ea re sibi damnum datum esset, servare."

Diese Stelle, glaube ich, enthält zwei ganz verschiedene Fälle. Kann nämlich ein Nachbar den andern zwingen, eine widerrechtliche, ihm Schaden drohende Anlage wegzunehmen; so wird er wahrlich nicht die Anlage erst errichten und sich gefährden lassen und dann erst auf Schadensersatz klagen, sondern auf jeden Fall der ihm zuständigen negatoria actio sich bedienen und damit die Anlage verhindern [27]). Deshalb läßt sich eine stipulatio damni infecti nur für den Fall denken, wo mit seinem Wissen und Willen, doch unter der Bedingung die Anlage errichtet wurde, daß ihm jeder daraus entstehende Schaden ersetzt werde. Demnach wäre hier von einer Conventionalkaution die Rede [28]).

Uebrigens giebt es noch mehrere Fälle der Anwendung der cautio damni infecti, wo auch eine negatoria statthaft scheint [29])

26) „*Si fistulae, per quas aquam ducas, aedibus meis applicatae damnum mihi dent, in factum actio mihi competit; sed et damni infecti stipulari rare potero.*"

27) Da nach *l.* 13. §. 7. *D. h. t.* derjenige die Kaution nicht hat, *qui rem illicitam admisit*; so würde auch deshalb im obigen Falle die Kaution nicht Statt finden können.

28) Vergl. Kap. 6. Die *negatoria* fällt dann natürlich hinweg, ob sie schon an sich zulässig war.

29) Diese sind von dem vorhergehenden Falle verschieden, weil bei ihnen die *cautio damni infecti* ergänzend, also subsidiär gewisser Maßen dann

Dies ergiebt sich namentlich aus folgenden Stellen, L. 28. L. 29. D. de serv. praed. urb. In dem ersten Fragment nämlich heißt es:

„Omnes autem servitutes *perpetuam causam* habere debent" — [30]),

(hier also eine negatoria!) — und L. 29. fährt fort:

„Si quid igitur ex eo foramine, ex *quo servitus non consistet*, damnum vicinus sensisset, dicendum est, *damni infecti stipulationem* locum habere" [31]).

Noch weniger kann die allein noch übrige L. 3. §. 6. D. quod vi aut clam, 43, 24. einen Zweifel erregen, ob die Kaution wirklich subsidiär sei. Denn sie sagt nichts weiter, als daß man denjenigen, welcher eines zu errichtenden gefährlichen Werkes wegen nicht die Kaution leiste, mit dem Interdict quod vi aut clam am Fortbauen hindern könne, wo das Interdict und die Kaution also sehr verschiedene Zwecke und Wirkungen haben [32]).

„Sed et si quis damni infecti paratus sit cavere, quum propter hoc tantum esset prohibitus, vel quia non defendebat, vel damni infecti non repromittebat, desinere eum vim facere."

Sonach könnte aus allen bisher angeführten Stellen kein Zweifel an der Subsidiarität der Kaution abgeleitet werden, wenn sie

---

eintritt, wenn wegen Mangels eines oder des andern Erfordernisses die *negatoria* nicht Statt haben kann.

30) Die *perpetua causa* ist also ein solches Erforderniß, bei dessen Mangel nicht die *negatoria*, sondern unsere Kaution Platz greift.

31) Es kommt also darauf an, ob dadurch, daß der Nachbar auf dem Seinigen eine Anlage errichtet, der Andere nur einmal oder hie und da belästigt und beschädigt wird, oder ob die Belästigung das Wesen einer Servitut annimmt. Im letztern Falle ist die *negatoria*, im erstern die *stipulatio damni infecti* anzuwenden.

32) Ueber dieses Interdict siehe noch Kap. II. §. 2.

nämlich propter aedium et loci oder auch operis vitium, quod quis *in suo* facit [33]), gefordert wird [34]).

In Folge des Grundsatzes aber, daß die Kaution nicht Statt haben soll, sobald durch eine andere Klage [35]) entweder der drohende Schaden abgewendet, oder der eingetretene verfolgt werden kann, wird dieselbe dem *socius* wegen baufälliger gemeinschaftlicher Gebäude verweigert, da er sie ausbessern und die darauf verwandten Kosten mit der actio pro socio oder communi dividundo (theilweise) einklagen kann. L. 32. D. de damno infecto *). Ferner braucht man dem Miethsmann nicht zu caviren, so wie allen denen, welche auf den erlittenen Schaden ex locato aut conducto klagen können. L. 18. §. 4. eod. Von den Miethsleuten sagt Sabinus:

„aut enim ab initio aedes vitiosas conduxerunt et habent, quod sibi imputent, aut in vitium aedes inciderunt, et possunt ex conducto experiri“ — L. 13. §. 6. eod

Ingleichen kann weder der Fructuar von dem Proprietar, noch dieser von jenem die Kaution wegen der baufälligen aedes fructuariae verlangen, indem jener die Befugniß hat, die Gebäude zu repariren, der Proprietar aber schon durch die cautio usufructuaria gedeckt ist. L. 18. §. 2. eod. [36]).

---

33) Es blieben demnach die Fälle übrig, wo Jemand *in publico* — *in alieno*, entweder *jure servitutis*, oder in Folge eines andern Rechts oder auch eines condemnirenden Urtheils ein Werk vornimmt, und wo also die Kaution nicht subsidiär ist.

34) Anderer Meinung, deren Irrigkeit sich aus dem Bisherigen und Folgenden von selbst ergiebt, ist *Westphal l. c.* §. 218. u. 219. und *Günther, princ. jur. rom.* §. 1122. *not. i.*

35) Oder durch unsere eigne auf die schadhafte Sache verwandte Thätigkeit, zu welcher wir ein Recht haben, z. B. in der angeführten *l.* 32. *D. h. t.*

*) *Faber, conject. II.* 9.

36) Hingegen kommt zwischen dem Usufructuar und Proprietar die Kaution vor, wenn sie der Letztere vom Erstern eines Werkes wegen fordert, welches dieser *in solo fructuario* errichtet, denn darauf geht die

Eben so kann der Käufer eines Hauses, welches ihm noch nicht tradirt worden ist, sich hinsichtlich dieses nur wegen des nach Tradition entstandnen Schadens der Kaution bedienen, weil der Verkäufer bis zur Tradition culpa und diligentia prästiren muß und wegen jeglicher Beschädigung des Hauses dem Käufer mit der Kontractsklage (ex emto haftet. L. 38. pr. L. 18. §. 7—10 [37]) D. eod.

Endlich ist die cautio propter operis vitium, quod quis in suo facit, in allen Fällen unstatthaft, wo die actio legis Aquiliae angewandt werden kann, und unwirksam, wenn überhaupt nicht die Beschaffenheit oder Lage eines Gebäudes, einer Anlage, einer Arbeit an den Schaden Schuld ist, sondern der Besitzer selbst durch positive Handlungen denselben direct [38]) veranlaßte. L. 27. §. 7. eod.

„Praeterea si fu ni nomine damni infecti fuerit cautum, deinde furnarii culpa dumnum datum fuerit, non venire in hanc stipulationem, plerisque videtur.

Wenn auch in diesem Falle die Kaution gefordert und geleistet worden ist, so kann man doch die actio ex stipulatu nicht erheben, woraus sich von selbst ergiebt, daß auch diese [39]) subsidiär ist.

---

cautio usufructuaria nicht, oder wenn der Fructuar sie vom Proprietar verlangt, wegen des schädlichen Grundes und Bodens, an welchem sich der erste nicht vergreifen darf. *L.* 20. *D. h. t.*

37) Ueber die letzte Stelle vergleiche man noch: Hasse, die *Culpa* des Röm. Rechts, und zwar in der Einleitung Nr. 5. der Polemik des Verfassers gegen sich selbst, als auch §. 79. S. 388 u. ff., namentlich auch wegen der verschiedenen Lesarten in §. 9. der citirten *lex*, wo ich der des *Cod. MS. Paris* 1529. „*An et hoc damnum in aliena re acciderit*" gefolgt bin.

38) Hätte hingegen Jemand z. B. einen an sich schuldlosen Gebrauch von seiner Anlage gemacht, aber diese durch ihre fehlerhafte Beschaffenheit Schaden veranlaßt, so wäre eine indirecte Verschuldung vorhanden — die *cautio d. inf.* also statthaft.

39) *Mühlenbruch, doctrin. pand.* §. 459. *not.* 12.

§. 4.

Außer den genannten Erfordernissen aber, welche darin bestanden, daß das damnum ein noch zu befürchtendes — futurum — war [40]), ferner nicht in Entziehung eines bloßen Gewinnes, d. h. eines solchen, auf den man kein gegründetes Recht hat beruht [41]), und endlich nicht auf andere Weise abgewendet oder eingeklagt werden dürfe, wird noch von den Gesetzesstellen verlangt, daß die Grundstücke **praedia** *vicina* sein, z. B. **L.** 13. §. 3. u. 5. **D. h. t.** [42]).

Daß aber unter dem Ausdruck „**praedia vicina**" [43]) nichts weiter zu verstehen ist, als eine solche Lage der Grundstücke, daß eine Beschädigung des einen durch das andere nach dem natürlichen Gange der Dinge möglich und wahrscheinlich ist, geht deutlich aus **L** 13. §. 2. **D. h. t.** hervor:

„Cum inter aedes meas et tuas sint aliae aedes non vitiosae, videndum est, utrum *tu solus* mihi cavere debes, an vero *et is*, cujus aedes vitiosae non sunt". —

Wir hätten also in diesem Kapitel die objectiven Erfordernisse und Voraussetzungen der Kaution abgethan, und werden nun in den beiden nächstfolgenden uns zu den subjectiven wenden, d. h. die Fragen erörtern, welches Rechtsverhältniß einer Person zu einer Sache wird vorausgesetzt, um hinsichtlich dieser entweder zur Kaution berechtigt, oder auf der andern Seite zur Kautionsleistung verpflichtet zu sein.

---

40) Vergl. noch *Stryk*, *usus modern. Pand. h. t.* §. 2.

41) *Wydenbruck*, *de damni infecti cautione*, *specim. I. Jenae*, 1838. §. 5. *pag.* 29. — Dagegen *Voet*, *comm. ad. h. t. V.* §. — *Westphal*, *de serv. et libert. praed.* §. 300. — *Mühlenbruch*, *doctr. pand.* §. 459. *not.* 14.

42) *Pauli*, *sentent. recept. V.* 9.

43) Aehnlich bei Prädialservituten, *Mühlenbruch*, *l. c.* §. 280 *not.* 4. — *Wydenbruck*, *loc. cit. pag.* 38.

Achtes Kapitel.

Wer ist berechtigt, die Kaution zu fordern?

— Auch der *bonae fidei possessor?* —

Die Frage, wer die Kaution rechtlich fordern könne, ist im Allgemeinen ziemlich gleich beantwortet worden. So ähnlich aber auch die Bestimmungen der meisten Juristen sein mögen, so verschieden doch sind ihre Gründe, aus denen sie sich für die Berechtigung gewisser Personen zur Kaution erklären. So sagt Voet in seinem Kommentar ad tit. D. de damno infecto. §. III., sie stehe allen zu, die ein Interesse dabei hätten und dieses durch den Kalumnieneid bestätigten, und stützt diese Meinung auf L. 5. §. 2. u. L. 13. §. 3. D. h. t. Allein was heißt das, ein Interesse dabei haben, und wer hat ein solches Interesse? *) — Darüber sagt Voet nichts. Ferner, kann der Kalumnieneid uns eine Norm abgeben, ob Jemand wirklich ein rechtliches Interesse hat? 1) — Ich habe dies schon früher verneinen müssen 2). Westphal (de libert. et serv. praed. §. 212.) meint dagegen: die Kaution dürften alle fordern, denen aus dem Einsturz der Gebäude u. s. w. ein Schaden oder Verlust erwachsen würde, und führt, außer dem Eigenthümer, den Superficiar und Usufructuar an 3). — Auch diese Meinung scheint mir ungenügend.

*) Man sehe darüber die naive, witzige Abfertigung des Juristen in *l.* 19. *D. ad exhibendum.* 10, 4.

1) Und wenn der Kalumnieneid schon Norm abgiebt, wozu noch besondere Regeln in *l.* 18. *pr. D. h. t.*, und was wollen dann die Schlußworte in *l.* 13. §. 3. *eod.* sagen?

2) Schmidts Klagen und Einreden, §. 1231. — Kap. 4. am Ende.

3) *Westphal, de lib. et serv. praed.* §. 212.

Bei der Beantwortung der obigen Frage wollen wir daher den Weg einschlagen, den uns ausdrückliche Gesetze bezeichnen und bei dessen Verfolgung uns von allgemeinen Rechtsprinzipien leiten lassen [4]).

Wir werden also vor allen Dingen die **L. 18. pr. D. h. t.** in's Auge zu fassen haben, da sie allein die zur Kaution Berechtigten unter eine allgemeine Regel zusammen zu fassen scheint. Sie heißt:

„damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cujus in bonis res est, sed etiam ei, cujus periculo res est."

Es fragt sich nun zuvörderst, welche Sache ist **in bonis alicujus**? Bei dieser Erörterung erinnern wir uns sehr natürlich des alten zweifachen römischen Eigenthums [5]), in Folge dessen eine Sache entweder **in bonis alicujus** war, und **ex jure Quiritium** einem Andern gehörte, oder auch **ex jure Quiritium** Einem gehörend zugleich **in bonis** desselben war, je nachdem er die Sache auf streng legale und formelle Art und Weise erworben hatte [6]) oder nicht. Von Justinian aber wurde bekanntlich jener Unterschied zwischen bonitarischem und quiritarischem Eigenthume aufgehoben, und ist für uns also hier nicht von Einfluß [7]).

Der Ausdruck **in bonis alicujus esse** kommt indessen noch in anderer Bedeutung vor, welche für unsern Zweck bedeutender werden kann. **L. 49. D. de verb. signif.** nämlich sagt [8]):

---

4) Man sehe noch *Günther*, *princ. juris Rom. priv.* §. 1122. *H. Hellfeld*, *jurisprud. forens.* §. 1678. *Mühlenbruch*, *doctrin. pand.* *II.* §. 459. 2). *Donellus*, *commentar. Lib. XV. tit.* 47. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des Civilrechts, Theil 2. §. 222.

5) Etwas ausführlicher handelt davon §. 5. des Kap. II. unten. Uebrigens siehe Mayer, das *duplex dominium* der Römer, Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 8. S. 1. und *Gaj. comm. II.* §. 1.

6) *acquisitio civilis* u. *naturalis*.

7) *lex unic. Cod. de usucapione transformanda*, 7, 31. Uebrigens scheint jener Unterschied schon mit dem Untergange des *ordo judiciorum* seine Bedeutung verloren zu haben.

8) Vergl. *l.* 52. *D. de acquir. rer. dom.* 41, 1. „*Rem in bonis no-*

„In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petionibus, persecutionibus, nam haec omnia in bonis esse videntur.“ Bona bezeichnen hier also hier „Vermögen“ und res in bonis alicujus ist nicht nur jede Sache, die zu Jemands Vermögen gehört, die er sein nennen („quam suam esse vindicat“ — §. 4. Inst. 4, 6.), und mit der Publiciana verfolgen kann, sondern auch jedes Recht an einer fremden Sache *) und jede Forderung, — wie sich aus den Schlußworten ergiebt. Weil aber der unmittelbare Gegenstand der befürchteten Beschädigung bei der cautio damni infecti Sachen sind, so kann es uns hier nicht weiter kümmern, daß auch Rechte und Forderungen mit zu den bona gerechnet werden.

Wegen bedrohter Häuser, Grundstücke und Anlagen also würde nicht nur der Eigenthümer [9]) derselben, sondern auch jeder Andere, dem die Publiciana in rem actio zusteht, die Kaution fordern, und diese mithin nicht allein der *bonae fidei possessor*, sondern auch der Superfiziar und Emphyteuta [10]) verlangen können. Von dem Superfiziar sprechen auch ausdrücklich L. 13. §. 8. u. L. 39. §. 2. D. h. t.; für den Emphyteuta spricht [11]) die Analogie, die Aehnlichkeit [12]) seines Verhältnisses und Rechtes mit dem des Superfiziars. Für die Berechtigung des b. f. possessor aber zur Kaution entscheiden sich nicht nur die angegebenen

---

stris habere intelligimus, quoties possidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandam eam actionam habemus.

*) z. B. der Usufructus oder eine Prädialservitut.

9) *l.* 5. §. 2. *D. h. t.*

10) Vergl. *l.* 2. §. 22. *D. vi bonor. rapt.* 47, 8. *l.* 7. §. 16. *l.* 12, §. 2—3. *D. de Publiana*, 6, 2.

11) Außer *l.* 12. §. 2—3. *D. cit.* 6, 2. Siehe noch *Mühlenbruch*, *doct. pand.* §. 298. *not.* 11.

12) *cfr. Mühlenbruch*, *doct. pand. II. p.* §. 298 u. 302.

allgemeinen Prinzipien, sondern gewisser Maßen die Gesetze selbst. Denn wenn es in L. 18. pr. D. h. t. heißt, die Kaution stehe dem zu, in cujus bonis res est, und L. 49. D. de verb. signif. erklärt uns, daß auch eine Sache in bonis nostris sei, si bona fide a nobis possideatur; so, glaube ich, kann es kaum eine bündigere Argumentation für die Berechtigung des b. f. possessor zur Kaution geben [13]. Indessen scheint die L. 13. §. 9. D. h. t. [14]) direct zu widersprechen, die Sache ist deshalb sehr streitig, und mag, damit wir den Zusammenhang des Ganzen nicht stören, bis zum Schlusse dieser Untersuchung ausgesetzt bleiben.

Aber — sagt unsere Führerin, die L. 18. pr. — nicht nur demjenigen, cujus in bonis res est, steht die Kaution zu, sondern auch Jedem, *cujus periculo res est* [15]). Dies veranlaßt uns natürlich zu der Erörterung, was denn periculum bedeute, und welche Sache alicujus periculo sei. Periculum nun bezeichnet im Allgemeinen die Gefahr, welche einer Sache, die wir zu benutzen, zu bewahren haben, von außen oder durch unsere eignen Handlungen droht. L. 27. §. 29. D. ad leg. Aquil. 9, 2. L. 13. §. 5. D. locati conducti 19, 2. [16]). Verwirklichet sich aber die Gefahr, so sind wir entweder verbunden, diesen Schaden zu tragen, oder nicht. Früher nun verstand man unter periculum meist das Verhältniß einer Person zu einer Sache, vermöge dessen jene den Schaden tragen muß, welcher dieser durch Zufall (casus fortui-

---

13) Schon die Glosse bemerkt zu unserer Stelle (*l.* 18. *pr.*) „*in b. f. possessore fallit.*"

14) „*Sed ei, qui bona fid ea non domino emit, damni infecti stipulationem non competere.*"

15) Daraus ergiebt sich also ein Gegensatz, so daß nicht nur wegen eigner, sondern auch wegen fremder Sachen der Besitzer derselben, sobald er nämlich das *periculum* derselben trägt, die *cautio damni infecti* fordern kann. *Mühlenbruch*, *doctrin. pand.* §. 459. 2.) „*sive dominium in ea habet*, *sive non.*"

16) Siehe Hasse, die *culpa* des Römischen Rechts, §. 77.

tus) zugefügt wird [17]). Aber neuerdings (in der civilistischen Abhandlung über die culpa des Römischen Rechts von Hasse) ist gar anschaulich dargethan, und mit vielen Stellen aus dem corpus juris belegt worden, daß periculum auch das Verhältniß bezeichnet, in welchem eine Person den Schaden tragen muß, welchen sie rücksichtlich einer fremden Sache entweder durch dolus und lata culpa [18]) verursachte, oder durch diligentia quam suis [19]) oder endlich durch diligentia und custodia [20]) von derselben abzuwenden vermochte und verbunden war.

In dieser weiteren Bedeutung müssen wir auch hier das periculum nehmen und daher Jedem die Kaution zusprechen, welcher rücksichtlich einer fremden, von ihm besessenen Sache diligentia und custodia prästiren muß [21]). Denn wenn L. 18. §. 8. D. de dam. inf. vorschreibt, auch der Verkäufer eines Hauses könne, bevor er dasselbe tradirt habe, die Kaution sich leisten lassen, weil er auch in dieser Hinsicht culpam zu prästiren habe, so geht daraus hervor, daß das cautionem petere, stipulationem interponere etc. mit unter den Verpflichtungen der custodia et diligentia begriffen ist. Cfr. L. 18. §. 9. fin. eod. Die Gesetze würden aber mit sich selbst im Widerspruche stehen, wenn sie auf der einen Seite gewisse Personen dazu verpflichten wollten, die Kaution zu fordern, auf der andern Seite aber ihnen das Recht, dieselbe zu verlangen, absprächen. So wäre schon dadurch die obige Behauptung gerechtfertiget.

---

17) Thibaut, System des Pandectenrechts. §. 476. Schon die Glosse bemerkt zu *l.* 18. *pr.* „*multis modis res esse dicitur alicujus periculo.*"

18) Hasse, die *culpa* des Römischen Rechts. §. 77—79.

19) *l.* 25. *D. pro socio*, 17. 2.

20) *l.* 54. *D. emti et vendit. l.* 5. §. 13—14. *D. commodati.*

21) Dies ergiebt sich aus einer Vergleichung der *l.* 18. §. 8. mit §. 9. (*verbis:* „*quia dum in venditoris custodia est, is stipulari debet, omnemque diligentiam emtori praestare*" —), so wie aus *l.* 38. *pr. D. de damno infecto.*

Noch fester begründet wird sie durch die Aufzählung der einzelnen, in den Quellen ausdrücklich genannten, zur Kaution berechtigten Personen. Zu ihnen gehört zuvörderst der Usufructuar. Er muß die Sache boni viri arbitratu gebrauchen, selbst die dienenden Gebäude ausbessern, mithin auch berechtigt sein, vermittelst der stipulatio damni infecti dieselben zu schützen, L. 5. §. 2. L. 13. §. 8. Cfr. L. 18. §. 2. D. h. t.[22]); zumal er auch den zufälligen Schaden in so weit tragen muß, als sein Niesbrauch ihm verloren gehen würde, wenn durch den Ruin des Nachbargebäudes das dienende Grundstück zerstört würde. L. 2. D. de usufr. 7. 2.[23]).

Ihm ziemlich gleich steht der Pfandgläubiger, creditor pigneraticius. Dieser ist rücksichtlich der verpfändeten Sache zu diligentia und custodia verpflichtet[24]), daher die Kaution zu fordern nicht nur verbunden, sondern auch berechtigt war. L 11. D. h. t.

Ingleichen können wir auch dem Verkäufer rücksichtlich des verkauften Grundstückes bis zur Tradition desselben das Recht, Kaution zu verlangen nicht absprechen, weil er bis dahin omnem diligentiam[25]) zu prästiren hat. L. 18. §. 8 — 10. L. 38. pr. D. h. t.

Eben so steht die Kaution demjenigen zu, welcher nur precario eine Sache besitzt, sobald er sich zur custodia verpflichtet, L. 38. pr. D. eod., und dem Miethsmann, wenn er die Gefahr

---

22) *Mühlenbruch*, *doctr. pand.* §. 288.

23) *Galvanus*, *de usufruct. cap.* 35. *IV*. *Mühlenbruch*, *doctr. pand.* §. 288.

24) *l.* 13. §. I. *D. de pignoraticia*, 13, 7. Hasse, die *culpa* des Röm. Rechts. S. 211. 495.

25) Ob der Verkäufer auch *custodia* zu prästiren habe, darüber waren die römischen Juristen nicht einig. Mackeldey, Lehrbuch, §. 370. Not. c., wo auch noch unsere Stellen anzuführen wären. Sollte durch Justinians Bestimmung in §. 3. *Inst.* 3, 23 (24) nicht auch hinsichtlich der *cautio damni infecti* eine Aenderung eintreten?

auf sich genommen hat, L. 21. D. eod. oder auch wegen eigner, in das gemiethete Haus eingebrachter Sachen, ohne Uebernahme des periculum. L. 13. §. 5. D. eod. [26]).

Endlich kann auch ein Dritter im Namen und Auftrag eines Berechtigten die Kaution fordern, sobald er selbst nämlich in die Seele des Interessenten den Gefährdeeid ablegt und Kaution macht, daß der Berechtigte seine Handlung ratihabiren wird. L. 18. §. 16. L. 39. §. 3. D. eod.

Uebrigens kann es häufig vorkommen, daß wegen derselben bedrohten Sache Mehrere zugleich die Kaution zu fordern berechtigt sind, und dann haben sie entweder wegen gleichen Rechtes an der Sache, dasselbe Interesse, wie z. B. Miteigenthümer, socii, oder wegen verschiedenen Rechts Jeder ein besonderes Interesse, wie der Proprietar und Fructuar, der Eigenthümer und Superfiziar [27]) L. 27. L. 29. §. 2. L. 5. §. 2., oder der Hausvater und filius familias hinsichtlich der res peculiares. L. 21. D. de damno infecto [28]). Wenn nun mehrere Miteigenthümer wegen damnum infectum stipuliren; so sollen sie ohne Hinzufügung ihres Antheils an der Sache die Stipulation interponiren, weil sie von selbst schon die Kaution nur für ihren Antheil fordern können und die der Stipulation inserirte Quote für einen Theil ihres Antheils gehalten werden würde. L. 27. D. eod.

Nicht berechtigt aber, die Kaution zu fordern, sind alle diejenigen, welche kein Interesse dabei haben können, und die be-

---

26) Daß die bisher genannten Personen nur Beispielsweise angeführt wurden, und es noch viele andere geben kann, denen nach der allgemeinen Regel die Kaution zusteht, versteht sich von selbst. Man vergl. *l.* 2. §. 22. *D. vi bon. rapt.* 47. 8.

27) *l.* 39. §. 2. *D. h. t.*: „*Damni infecti stipulatio latius patet, et ideo ei, qui superficiariam insulam habet, utilis est ea stipulatio, si quid in superficie damnum datum fuerit, et nihilo minus etiam soli domino utilis est, si solo damnum datum fuerit, ut tota superficies tolleretur; fraudabitur enim dominus soli in pensione percipienda.*

28) Vergl. **Westphal**, *de liber. et serv. praed.* §. 243.

drohten Sachen weder zu ihrem Vermögen rechnen dürfen, noch hinsichtlich derselben, wenn sie fremde sind, diligentia et custodia zu prästiren haben. Zu ihnen gehört namentlich der Verkäufer einer Sache, sobald er sie tradirt hat, L. 18. §. 10. D. h. t., der malae fidei possessor und derjenige, welcher precario eine Sache benutzt oder besitzt, so bald er nicht diligentia und custodia auf dieselben zu verwenden ausdrücklich übernommen hat. L. 13. §. 4. D. eod.: [29])

„ceterum neque ei, qui in meo deambulet, neque ei, qui in meo lavet, vel in mea taberna divertat, caveri debet.“

Hieher rechnet man auch den b. f. possessor, gestützt auf L. 13. §. 9. D. de damno infecto. Da aber nach L. 49. D. de verb. signifi. 50, 16. und L. 18. pr. D. de damno inf., der b. f. possessor, cujus in bonis res est, offenbar die Kaution haben sollte [30]), so muß uns schon die obige Stelle, in welcher Ulpian sagt:

„sed ei, qui bona fide a non domino emit, damni infecti stipulationem non competere, Marcellus ait“ —

als eine höchst singuläre und sonderbare Bestimmung erscheinen [31]). Für diese sonderbare Meinung muß gewiß Marcellus auch einen besonderen Grund gehabt haben; welchen Grund er aber gehabt habe, darüber sind schon die Glossatoren uneinig, darüber sind noch neuere Juristen sehr verschiedner Meinung, viele freilich gar keiner, indem sie die Ansicht des Marzellus „unerklärbar“ [32]) nennen. In der Glosse finden wir nämlich zwei Erklärungen

29) Vergl. *Reizenstein*, *num b. f. possessori deneganda sit d. inf. stipulatio?* §. 3. *pag.* 10. *Donell.*, *comment. XV.* 47. §. 5.

30) Vergl. *Reizensein*, *l. c.* §. 3. *l.* 2. §. 22. *D. vi bon. rapt.* 47. 8.

31) *Donellus* und viele Andere, auch *Mühlenbruch*, *doctr. pand.* §. 459. übergehen diese Kontroverse ganz mit Stillschweigen. *Faber* hingegen, *conjectur. II.* 16. wird durch *l.* 11. *D. h. t.* auf eine eben so sonderbare Meinung gebracht, daß nämlich der *b. f. possessor* die Kaution fordern könne, nicht aber der *creditor pigneraticius*.

32) Wening-Ingenheim, Lehrbuch des Pandectenrechts, B. 2. §. 222. *not. t.*

vor, Accursius nämlich meint, nach der Strenge des Rechts habe auch Marzellus Recht, nach billigen Ansichten aber keinesweges [33]). Da nun durch diese Erklärung für die Sache weder etwas gewonnen, noch geschadet wird, so will ich dem scharfsinnigen Faber den Ruhm nicht streitig machen, den großen Glossator in seinen Conjecturen II. 16. bekämpft und besiegt zu haben. Die zweite in der Glosse enthaltene Meinung, welcher auch *Zoësius,* comm. ad Pandect. Lib. 39. Tit. 2. beitritt, geht dahin, daß der b. f. possesser ganz gewiß vom wahren Eigenthümer der bedrohten Sache die Kaution nicht fordern könne, sonst aber von jedem Andern. Nun weiß ich zwar wohl, daß der b. f. possessor vom wahren Eigenthümer die Kaution nicht fordern kann und wird, so bald ihr wahres Verhältniß klar ist, aber das weiß ich nicht, wo gerade des wahren Eigenthümers [34]) Erwähnung geschieht. Mir ist es, als spräche Marzellus ganz allgemein aus, daß der b. f. possessor die Kaution nicht habe.

Vielleicht aber steckt uns Voet in seinem comm. ad D. h. t. §. IV. ein Licht an, indem er, gestützt auf den großen Gothofred (dessen Noten ad L. 13. §. 9. D. h. t.) dadurch die Sache zu erklären sucht, daß er unterscheidet zwischen denen, die ihr Recht an oder zu einer fremden Sache mit Willen des Eigenthümers genießen, und dem bonae fidei possessor, welcher wider dessen Willen die Sache besitze [35]).

„et emphyteutae et fructuarii, creditores hypothecarii, inquilini, quidquid juris habent, id ex voluntate domini pe-

---

33) Aehnlicher Meinung ist *Galvanus de usufructu, cap. XXXVII, IV.*

34) Daß es übrigens in *l.* 13. §. 9. *cit.* nicht darauf ankommt, von wem der *b. f. possessor* die Kaution fordern will, sondern das entscheidende Moment der Marcell'schen Ansicht in dem Rechtsverhältnisse des *b. f. possessor* an sich liegt, geht aus *l.* 11. *D. h. t.* hervor.

35) Auch *Cajacius, oper. omnia edit. Neap. Tom. IV. pag.* 645. hat eine ganz ähnliche Erelärung. Diesen sowohl, als auch Voet selbst widerlegt ausführlich Reizenstein a. a. O. §. 6. S. 16.

nes eos est, seu causam a domino habent; ac b. f. possessor rem sine voluntate domini habet, unde et minus juris huic, quam ceteris voluntatem domini habentibus, quantum ad hanc damni infecti cautionem videbatur tribuendum." —

Doch macht Voet kurz vorher (comment. ad D. 39, 1. §. 3.) diesen Unterschied selbst nicht geltend und gestattet dem Usufructuar u. s. w., sowie dem b. f. possessor gleichmäßig die operis novi nuntiatio; und auch die Gesetze unterscheiden nicht auf diese Weise beim b. f. possessor hinsichtlich anderer Klagen, z. B. L. 8. §. 8—9. L. 17. D. ad leg. Aquil. 9, 2. L. 2. §. 22. D. vi bon. rapt. 47, 8.

Auch die Behauptung in Thibaut's System des Pandect. §. 732., daß dem b. f. possessor, so wie jedem precario Besitzenden die Kaution nicht zu leisten sei, ist leichter hingeworfen, als begründet [36], da es schon aus dem oben Bemerkten, als auch von selbst erhellt, daß ein precario Besitzender mit dem b. f. possessor in keine Vergleichung zu bringen ist [37].

Bevor ich aber dazu übergehe, meine eigne Meinung darüber zu entwickeln, wie Marcellus zu seiner Behauptung gekommen sei, und warum dem b. f. pessessor dennoch die Kaution geleistet werden müsse, bemerke ich noch, daß die Dissertation von Reizenstein die erste Frage gar nicht behandelt, die zweite aber allerdings bejaht, jedoch aus zu allgemeinen, mehr Billigkeits- als Rechtsgründen [38].

---

36) Man vergl. nur *l.* 6. §. 2. *D. de precario* 43, 26. und Reizenstein a. a. O. §. 3. S. 9.

37) Daß der *precario* Besitzende an sich die Kaution nicht fordern kann, wohl aber sich derselben unter gewissen Voraussetzungen bedienen darf, ist schon oben erwähnt.

38) Schon in der ersten Ausgabe bemerkte ich von dieser Dissertation, daß sie mir erst nach Beendigung meiner Abhandlung zu Gesicht gekommen sei und in der Interpretation der *l.* 11. und *l.* 13. §. 9. *D. de*

In der mißlichen L. 13. §. 9. nun heißt es: „qui bona fide a non domino emit.“ Diese Worte kann man entweder von demjenigen verstehen, welcher bona fide gekauft, aber die Sache noch nicht tradirt bekommen hat, oder von demjenigen, welcher sie gekauft hat, und in Folge der Tradition auch besitzt, oder endlich von demjenigen, welcher eine Sache vom Nichteigenthümer gekauft, sie aber durch fortgesetzten Besitz schon usucapirt hat. Den letztern konnte natürlich Marcellus nicht meinen, da sich von ihm, als Eigenthümer, die Berechtigung zur Kaution von selbst versteht; den b. f. emtor ohne Besitz aber auch nicht, da der „qui bona fide a non domino emit“ gewöhnlich für den wirklichen b. f. possessor genommen wird, L. 7. §. 16. D. de Public. 6, 2. und in L. 13. pr. D. de damno infecto selbst ohne Zweifel*) von diesem die Rede ist. Uebrigens wäre sonst auch der Ausspruch des Marcellus wegen L. 18. §. 8. L. 38. pr. D. eod. höchst überflüssig, fast läppisch gewesen [39].

Wir haben es hier also blos mit dem wirklichen b. f. *possessor* zu thun, welcher nach allgemeinen Prinzipien die Kaution deshalb sollte fordern können, weil die von ihm besessene Sache in bonis desselben ist, zu Folge seines dinglichen Rechts an der Sache. Die Römer aber haben für „dingliche,“ so wie für „persönliche“ Rechte keine besonderen technischen Ausdrücke **), sondern bezeichnen sie durch die daraus entspringenden Klagen, actiones in rem und actiones personales s. in personam. Zu denjenigen Klagen nun, welche ebenfalls ein dingliches Recht an einer Sache

---

damno inf. wunderbar mit der meinigen übereinstimme; erklärte aber die allgemeinen Gründe schon damals für *magis probabiles quam probatae, magis justitiae quam juri accommodatae.*

*) Den Beweis in *l.* 18. §. 8. *D. h. t.* und Kap. 9. §. 1. unten.

39) Indessen giebt es doch Manche, welche die *l.* 13. §. 9. *cit.* also erklären, z. B. *Meier, Colleg. argent. Lib.* 39. *tit.* 2. *pag.* 786.

**) Die spätern Juristen sprechen freilich von *jura realia* und *personalia.*

in der Person dessen, der sie anstellen will, voraussetzen, gehört die operis novi nuntiatio, L. 3. §. 3. D. de operis novi nunt. 39, 1. („sed praetor mihi utilem in rem actionem dat" —), die actio confessoria und negatoria, L. 2. §. 1. L. 6. §. 3. D. si serv. vind. 8, 5. („haec autem in rem confessoria nulli alii, quam domino fundi competit"), actio ex lege Aquilia, L. 11. §. 16. D. h. t. 9, 2. („legis autem *Aquiliae* actio hero competit, i. e. domino"), actio in factum de religiosis, L. 2. §. 1. D. h. t. 11, 7. („sed hic sermo dat domino actionem" —). Nun hatten aber bekanntlich der b. f. possessor so gut, wie der Superficiar und Pfandgläubiger in früherer Zeit durchaus keine dinglichen Klagen (in rem actiones), sondern blos Interdicte und persönliche Klagen [40]), konnten mithin die oben erwähnten Klagen schlechterdings nicht anstellen. Nachdem aber dem Superficiar und Pfandgläubiger utiles in rem actiones und dem b. f. possessor die Publicana in rem actio vom Prätor [41]) gegeben worden waren, so hätten ihnen vernünftiger Weise die römischen Juristen auch die obigen Klagen gestatten sollen. Aber sie zaudern, zweifeln und entzweien sich in unendlichen Zwistigkeiten. Sie gestatten allerdings dem Superficiar die operis novi nuntiatio, und zwar aus dem Grunde, quia ei utiles in rem actiones dat Praetor" [42]), sie versprechen Jedem, der dingliche Klagen hat, die confessoria [43]) — die früher nur dem Eigenthümer zustand —, sie geben auch dem b. f. possessor und Superficiar die actio legis *Aquiliae* [44]), —

40) *l.* 16. §. 2. *D. de pignorat.* 13, 7.

41) Vom Prätor *Q. Publicius. Cicero pro cluent. cap.* 45. — Es läßt sich auch hier die gerühmte und getadelte Consequenz der römischen Juristen nicht verkennen, wie sie, sobald ein Rechtsverhältniß eine neue Gestalt erhalten, das auch auf die damit verwandten harmonisch einwirken lassen. Daß es Ausnahmen gab, soll die gegenwärtige Erörterung über den *b. f. possessor* bestätigen.

42) *l.* 3. §. 3. *D. de operis novi nuntiat.* 39. 3.

43) *l.* 16. *D. de servitutibus.* 8, 1.

44) *l.* 11. §. 8. u. 10. *D. ad legem. Aquil.* 9, 2. „*Sed et si servus bona*

die ursprünglich nur für den Eigenthümer bestimmt war; aber hinsichtlich der in factum actio de religiosis meint Ulpian doch noch, der Besitzer in gutem Glauben könne sie nicht haben.

„Sed hic sermo dat *domino* actionem, non b. f. possessori; nam cum dicat, „in locum alterius," apparet de domino eum (Aristo) sentire, i. e. eo, cujus locus est." L. 2. §. 1. D. de religiosis. 11, 7.

Ulpian scheint sich dabei nicht erinnert zu haben, daß der b. f. possessor die Publiciana anstellen darf, vermöge welcher er behaupten kann, „rem suam esse" und die Sache vindiziren darf [45]).

Ganz ähnlich scheint es der cautio damni infecti ergangen zu sein. So lange nämlich der b. f. possessor, der Superficiar, der Pfandgläubiger noch keine dinglichen Klagen hatten, konnten sie auch nicht sagen, „rem suam esse," die von ihnen besessene Sache war also eine fremde, und die deshalb geforderte Kaution schien in fremdem Namen (alieno nomine), nämlich für den wahren Eigenthümer gefordert zu sein. Nun wurde in früheren Zeiten wegen damnum infectum per judicis postulationem verfahren; aber da der Legisactionen Niemand in fremdem Namen sich bedienen durfte [46]), so konnten auch die genannten Personen schon früher sich nicht gegen damnum infectum schützen. Später aber kam die *cautio damni* infecti in Gebrauch, zu deren Bestellung sich der Prätor der Stipulationen bediente. Diese war ein streng civiles, sehr formelles, durch viele Eigenthümlichkeiten ausgezeichnetes Rechtsgeschäft. Namentlich heißt es von ihr:

„Si quis alii, quam cujus juri subjectus sit, stipuletur, nihil agit." §. 4. Jnst. de inutil. stip. 3, 19.

---

fide alicui serviat, an ei competit Aquiliae actio? Et magis in factum actio erit danda."

45) §. 4. *Jnst. de actionibus.* 4, 6.

46) *Gajus, IV.* 82.: „*cum olim, quamdiu erant legis actiones, in usu fuisset, alterius nomine agere non licere, nisi pro populo aut libertatis causa.*"

„Nec paciscendo, nec legem dicendo nec *stipulando quisquam alteri cavere potest.*“ L. 73. §. 4. D. de reg. juris.

Nach diesen Stellen konnten freilich weder der Besitzer in gutem Glauben, noch der Superficiar, noch der Pfandgläubiger in ihren frühern Verhältnissen und ohne dingliche Klagen die Kaution haben [47]) und aus diesem Grunde konnte **Marcellus** wohl sagen:

„nec in hujus *persona* [48]) committi stipulationem.“

Aber **Marcellus** vergißt dabei, daß das Rechtsverhältniß dieser Personen ein ganz anderes geworden war, seit sie dingliche Klagen vom Prätor erhalten hatten, er vergißt, daß die Formen und Grundsätze der Stipulation mit der Zeit milder und bequemer geworden waren, daß die Stipulation selbst unter der Hand des Prätors eine ganz andere Gestalt angenommen hatte [49]). Deshalb widerlegt ihn auch **Ulpian** in L. 11. D. de damno infecto, indem er sagt:

„Et ait Marcellus: inutiliter ei (creditori) caveri; idemque etiam de eo cavendum, qui a non domino emit; nam *nec in hujus* persona committi stipulationem. Aequissimum tamen puto *huic* prospiciendum (id est creditori) per stipulationem.“

Hiermit spricht Marcellus beiden, dem creditor und b. f. possessor aus **ein und demselben Grunde** und zwar mit Hindeu-

---

47) *Reizenstein*, *l. cit.* §. 5. Darauf deuten auch die Worte in *l.* 13. §. 8. *D. h. t.* „*hodie canstat*“ hin.

48) Weil er zu Folge seines Rechtes (*persona*), seines Verhältnisses zur Sache (*alteri*) für einen Andern, einen fremden (*vero domino*) zu stipuliren schien.

49) Deshalb hießen sie ja auch *praetoriae stipulationes*, welche selbst *alieno nomine* interponirt werden konnten. Vergl. Kap. 4. *Coccejus in jur. controv. pag.* 407: *vix quaestio esse potest, si adhuc est b. f. possessor, quia tunc habetur pro domino et nomine suo non alieno tenet. l.* 13. *pr. D. h. t.*

tung auf die Natur *) der Stipulation [50]) die Kaution ab, während Ulpian Einem von ihnen (wem — mag noch dahin gestellt bleiben —) sie ausdrücklich zuspricht, mithin Marcellus Grund verwirft, also sie auch (wegen Gleichheit des Grundes) dem Andern stillschweigend gestattet.

Soll es mir aber erlaubt sein, die in manchen Ausgaben in Parenthese eingeschlossenen Worte [51]) einmal wegzulassen, so wird, wenn Ulpian in der citirten Stelle sagt:

Marcellus meint: „dem Pfandgläubiger werde ohne Erfolg cavirt; eben dies sei auch von dem b. f. possessor anzunehmen; denn auch in dessen Person werde keine Obligation aus dem Stipulationsact begründet. Doch halte ich es für billig und recht, daß ihm durch Kaution geholfen werde." —

Niemand die letzten Worte, namentlich das Wort „huic" [52]) auf den ersten creditor, sondern gewiß auf den zuletzt erwähnten und besprochnen b. f. possessor beziehn. Mit Recht sind uns also die eingeschobnen Worte „id est creditori" verdächtig, zumal sie auch nach Haloanders Versicherung in einem Codex fehlen. Sie scheinen mir später von Jemand hinzugefügt worden zu sein, welcher, so lange er das Wörtchen „huic" auf den b. f. possessor bezog, nicht begreifen konnte, warum nicht Ulpian hinsichtlich des creditor, von dem doch in der Stelle eigentlich und haupt-

---

*) Darauf deutet der Ausdruck „*inutiliter caveri*" hin; denn *inutiles stipulationes* sind solche, welche wegen eines Formfehlers ꝛc. unwirksam sind.

50) „*nec in hujus persona committi stipulationem.*"

51) Z. B. *Corp. jur. Just. Lips.* 1825. *edid. L. G. Beck.* Haloander schloß diese Worte in Parenthese ein und fügte am Rande hinzu: „*alias desunt.*"

52) Nicht übel sagt Reizenstein *l. c. pag.* 33: *Quis vero unquam sic Ulpianum scripsisse credat, ut primum latini sermonis usus et consuetudinis prorsus oblitus, tum vero pervicax quasi discipulus vitium suum inepta declaratione adjecta sustentare videatur. — Si igitur Ulpianus de creditore loqui voluisset, sine ullo dubio scripsisset: illi; etc.*

sächlich die Rede war, seine Meinung äußerte, deshalb es also von dem creditor verstehen zu müssen glaubte und ziemlich unpassend „id est creditori“ dem „huic“ erklärend hinzufügte. Oder wir müßten statt „id est creditori“ — „item creditori“ lesen *), — eine Conjectur, welche wohl leicht und ungezwungen erscheint, aber von keiner Handschrift unterstützt wird.

Indessen war es vollkommen hinreichend, daß Ulpian die Meinung des Marcellus hinsichtlich des b. f. possessor widerlegte und diesem die Kaution zusprach, da Marcellus beiden aus gleichem Grunde [53]) dieselbe abgesprochen hatte, mithin Ulpian's Ansicht über den Creditor sich von selbst ergab.

Wenn aber Ulpian in der eben besprochenen L. 11. D. de damno infecto offenbar den b. f. possessor für berechtigt erklärt, die Kaution zu fordern, warum wiederholt er dann in L. 13. §. 9. D. eod.:

„Sed ei, qui bona fide a non domino emit, stipulationem non competere, ait Marcellus?“ —

Auch dies ist nicht schwer einzusehn. Denn nachdem er in L. 11. cit. den Marcellus schon einmal widerlegt hat, fährt er L. 13. §. 8. eod. fort:

„Superficiarium et fructuarium damni infecti *utiliter* stipulari, *hodie* constat.“ und

„Daß der Superficiar u. Usufructuar die Kaution wirksam fordern können, ist nach neuerem Recht (also früher war es anders) ausgemacht.“

§. 9.:

„*Sed* ei, qui bona fide a non domino emit stipulationem non competere, *Marcellus ait.*“

„Aber dennoch meint Marcellus, daß dem b. f. possessor die Kaution nicht zustehe.“

Der Zusammenhang **) dieser Stellen wäre also folgender: Ul-

---

*) Mackeldey, Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts. 10. Ausgabe §. 483. Note 6.

53) Wegen des „*non committi stipulationem in utriusque persona.*“

**) Daß diese Stellen aber in dem genannten Zusammenhange aufzu-

pian widerlegt die Meinung des Marcellus in L. 11. D. eod. und erklärt sich für die Berechtigung des b. f. possessor zur Kaution; dann erklärt er, daß zu seiner Zeit Niemand mehr zweifle, daß sogar der Superficiar und Usufructuar die Kaution hätten, und wundert sich darüber, daß Marcellus doch noch hinsichtlich des b. f. possessor bei der alten Ansicht stehen geblieben sei, wiederholt also diese Ansicht gleich nach seinem eignen Ausspruche über den Superficiar u. s. w., um recht deutlich die Sonderbarkeit derselben zu zeigen [54]).

Wollte man mir aber entgegnen, daß Ulpian die Ansicht des Marcellus in L. 13. §. 9. nicht ausdrücklich widerlegt habe, mithin nach den gewöhnlichen Interpretationsregeln die letztere für Gesetz anzunehmen sei, und wollte man auch auf die Worte „ait Marcellus" nichts geben, sondern diese als Römische Citirart ansehn; so entgegne ich zuvörderst, daß Justinian dem corpus juris „unam concordiam et consequentiam" [55]) vindicirt, wir also schon, um L. 13. §. 9. mit L. 11. in Einklang zu bringen, dieser Erklärung zu folgen schuldig sind. Ferner unterstützen diese Erklärung die Umstände, daß in beiden Stellen Marcellus Meinung es ist, welche Ulpian prüft, daß ferner der Paragraph 9. legis 13. nicht eine besondere lex ausmacht, sondern in Zusammenhang mit L. 13. §. 8. steht und in solchem aufzufassen ist, endlich daß die L. 11., so wie die §§. 8. u. 9. legis 13. aus derselben Quelle genommen sind, nämlich aus Ulpians 53. Buche ad Edictum [56]).

Wollte man ferner dieser Erklärung nicht folgen, so sähe man

---

fassen sind, ja aufgefaßt werden müssen, dafür spricht der Umstand, daß die Kompilatoren beide Stellen aus derselben Quelle genommen haben, nämlich aus Ulpian's 53. Buche *ad edictum*.

54) *Reizenstein, dissert. cit.* §. 11. Westphal, a. a. O. §. 237.

55) *const. Deo auctore.* §. 8.

56) Sie scheinen von den Kompilatoren unpassend auseinder gerissen zu sein, und dadurch ihren klaren Zusamenhang etwas verloren zu haben.

nicht ein, warum die Kompilatoren dieselbe Ansicht aus derselben Quelle wiederholt hingestellt hätten? — Man weiß nicht, wie Ulpian dem b. f. possessor die Kautionsverbindlichkeit und zwar suo nomine aufbürden kann [57]), wenn er ihn in demselben Fragment die Berechtigung zur Kaution abspricht, zumal die Verpflichtung zur Kaution ein größeres Recht an der Sache voraussetzt, als die Berechtigung? — Endlich kommt noch in Erwägung, daß Ulpian in L. 13. §. 8. sagt „hodie constat,“ daß er fast 80 Jahre später als Marcellus lebte, und in dieser Zeit Wissenschaft und Praxis manche Veränderung hervorgerufen haben konnte [58]).

Neuntes Kapitel.

Wer ist verpflichtet, die Kaution zu leisten?

— §. 1. wegen *aedium et loci* — §. 2. wegen *operis vitium* — §. 3. Art der Sicherheisleistung.

Wenn man durch die cautio damni infecti gehalten wird, entweder die schadendrohenden Gegenstände zu repariren und gefährliche Arbeiten zu unterlassen, oder den daraus für den Nachbar entspringenden Schaden zu ersetzen, wenn man ferner wegen verweigerter Kaution gezwungen wird, sein Recht an der Sache zum Besten des bedrohten Nachbars [1]) aufzugeben; so kann folgeweise die Kaution nur von demjenigen gefordert werden, welcher ein solches selbstständiges Recht an der schadendrohenden Sache hat,

---

57) In *l.* 13. *pr. D. h. t.* Vergl. noch *Coccejus*, *in jur. controv.* a. a. O. (*pag.* 407). Reizenstein, a. a. O. §. 10.

58) Und gewiß hervorgerufen hat, denn die rasche Entwickelung und Ausbildung des Röm. Rechts ist ja bekannt genug.

1) In Folge der *missiones in rem*, vergl. Kap. 11.

daß er eines Theils dies zum Vortheil des Bedrohten aufgeben kann, andern Theils durch dasselbe zur Ausbesserung [2]) u. s. w. der Sache verpflichtet ist. Da aber beim operis vitium im Falle verweigerter Kaution keine Missionen Statt finden, wie wir im Kap. 11. sehn werden —, da ferner beim aedium vitium wegen Unterlassung (unterlassener Ausbesserung, non faciendo), beim operis vitium wegen positiver Thätigkeit (faciendo) [3]) Schaden zu befürchten steht und Kaution zu leisten ist, so werden wir wohl eine Trennung vornehmen, und in §. 1. untersuchen müssen, von wem kann wegen aedium et loci vitium die Kaution gefordert werden, sodann in §. 2., von wem ist sie propter operis vitium zu leisten, und in §. 3. wie ist sie überhaupt zu leisten, durch Satisdation oder bloße Repromission. Dadurch, daß sie nicht also sonderten, haben sich die Schriftsteller über diese Materie in ein undurchdringliches Gewebe von Widersprüchen und Schwierigkeiten verwickelt, und mitunter höchst wunderliche Meinungen entwickelt [4]).

§. 1.

Wegen *aedium et loci vitium*,

ist also Jeder Kaution zu leisten verpflichtet, welcher ein solches selbstständiges Recht an den aedes oder dem locus hat, daß er

---

2) Folgeweise kann aber auch von dem die Kaution gefordert werden, welcher zwar seine eignen Gebäude im baulichen Stande erhält, aber doch auch vermittelst der Kaution bewirken kann, daß fremde, baufällige Gebäude reparirt wurden, und dies nicht bewirkt hat, *l.* 13. §. 2. *D. h. t.* *Günther*, *princ. jur. rom.* §. 1122. *not. e.*

3) *de eo opere, quod quis facit*, *l.* 30. §. 1. *D. h. t.*

4) Schon *Donell.*, *comm. XV.* 47. unterscheidet also: „*si de aedibus aut opere jam constituto agitur, ab omnibus cautio recte petitur, quorum in bonis res est, qui modo eam rem possideant, teneantve suo jure, ut si opus est, possint stipulanti possidere jusso ea re cedere, ut est poena edicti. Si agitur de opere, quod instituitur, ab omnibus exigitur, qui opus faciunt, sive in suo, sive in alieno.* Ueber die zur Kaution Verpflichteten vergleiche Wening-Ingenheim, Lehrbuch des Civilrechts. 4. Ausg. B. 3. §. 222. *Mühlenbruch*, *doctr. pand.* §. 459. *not.* 4.

theils dies aufgeben kann zum Besten des Bedrohten, theils vermöge desselben zur Ausbesserung dieser Dinge verbunden ist. Zur Aufgabe seines Rechts wird er durch missiones in rem gezwungen, welche (Kap. 11.) sich aus und nach dem Noxalverfahren gebildet haben. Daher müssen diejenigen Personen, von denen die Kaution gefordert werden darf, auch dieselben sein, gegen welche die Noxalklagen Statt fanden [5]).

Verpflichtet als diligens pater familias seine Gebäude und Grundstücke in baulichem, gutem Stande zu halten, ist unstreitig der Eigenthümer (*dominus*), mag er ein plenum dominium oder die bloße Proprietät haben. Gegen ihn gingen auch vorzugsweise die Noxalklagen [6]), bei ihm sind die Missionen am wirksamsten [7]). Daß von ihm also die Kaution gefordert werden kann, unterliegt keinem Zweifel. L. 10. D. h. t.:

> „Quamvis alienus ususfructus sit, *dominum* repromittere oportere. Nisi *proprietarius* in totum repromittat, vel fructuarius satisdet; mitti oportet in possessionem eum, cui non caveatur.

Cfr. L. 22. pr. L. 15. §. 27. D. h. t.

Gleiche Gründe [8]) bewegen uns, ein Gleiches von dem Besitzer in gutem Glauben zu behaupten, und L. 13. pr. D. eod. bestätigt diese Behauptung ausdrücklich.

Ihm gleich zu stellen ist der *in rem missus*. L. 15. §. 15 und 17. D. eod.

Der Superficiar und Emphyteuta ferner, welche ebenfalls zum Vortheil des bedrohten Nachbars ihr selbstständiges Recht aufgeben können [9]) und zu Folge ihres Rechtsverhältnisses

---

5) Das Nähere Kap. 11. §. 1.

6) *l.* 26. §. 6. *l.* 27. §. 1. *D. de noxal. act.* 9, 4.

7) Vergl. Kap. 11. §. 5. *med.* unten.

8) *l.* 28. *D. de noxal. act.* 9, 4.

9) *l.* 29. *D. eod.* *Mühlenbruch*, *doct. pand.* §. 301. *not.* 14. §. 302. *not.* 4 u. 19.

zur Ausbesserung und Bewahrung ihrer Besitzungen verpflichtet sind, müssen gleicher Weise die Kaution leisten. L. 9. §. 4. L. 15. §. 26. L. 19. pr. D. h. t.

Hinsichtlich des Usufructuars und Pfandgläubigers (creditor pignoraticius) endlich kann es auch nicht zweifelhaft sein, daß von ihnen die Kaution gefordert werden kann, da sie beide nicht nur ihr selbstständiges Recht zum Vortheil des Bedrohten aufgeben also auch mit Noxalklagen belangt werden können, [10]) sondern auch das onus refectionis der Gebäude, an denen ihr Recht begründet ist, zu tragen haben [11]). L. 9. §. 5. L. 10. L. 11. L. 13. §. 1. L. 15. §. 24—25. L. 19. pr. L. 22. D. h. t.

Wegen ein und derselben Sache aber können demnach Mehrere zur Kaution verpflichtet sein, und zwar entweder so, daß sie Alle auf einmal und zusammen leisten müssen, wie z. B. Miteigenthümer, socii, oder so, daß sie nur Einer oder der Andere von ihnen zu stellen braucht, z. B. der Eigenthümer oder der, welcher ein dingliches Recht an der Sache hat, der pater familias oder der Haussohn bei aedes peculiares [12]). Dadurch wird namentlich zwischen dem Proprietar und Usufructuar ein ganz besonderes Verhältniß herbeigeführt. Eines Theils nämlich gehört die refectio aedium, so wie die Leistung der Kaution zu den Lasten des Usufructuars, von denen er sich nur durch Dereliction der Sache befreien kann [13]). Wenn er also weder ausbessert, noch Kaution leistet und der Proprietar zum Letzteren gezwungen wird, so nimmt man an, daß er die Sache derelinquirt habe, und der Proprietar darf ihm den Niesbrauch derselben wehren. L. 9. §. 5. D. h. t.

---

10) *l.* 27. *l.* 30. *D. eod. Mühlenbruch, l. c.* §. 288. *not.* 2. *u.* 6.

11) Vergl. *Donell. l. c.* §. 7. „*Quoniam damni seu arcendi seu sarciendi causa stipulatio interponitur.*"—

12) *Lauterbach in colleg. pract. lib.* 39. *tit.* 2. §. 9. Schmidts Klagen und Einreden, §. 1232.

13) *l.* 64—65. *D. de usufructu.* 7, 1.

— „Ergo et si de damno infecto non cavet, dominusque compulsus est repromittere, *prohiberi debet frui.*"

Andern Theils wäre es unbillig gewesen, wenn der Usufructuar, der doch kein volles ausschließliches Recht an der Sache hat, allein unter der Kaution leiden sollte, und deßhalb ist ganz nach Analogie der Noxalklagen [14]) auch der Proprietar gehalten, dem Fructuarius beizusteuern, wenn dieser Kaution und Schadensersatz geleistet hat. L. 22. pr. D. eod. „Idemque fructuario praestandum est, ut proprietarius cogatur ei conferre."

Endlich kann derjenige, welcher den Niesbrauch an Gebäuden hat, vom Proprietar wegen des soli vitium, dessen Refection dem Usufructuar nicht obliegt, die Kaution mit vollem Recht verlangen, L. 22. 20. D. h. t.:

> „Inter fructuarium et dominum proprietatis ita damni infecti cautio locum habet, si fructuarius quidem de soli vitio caveri sibi desideret; dominus vero proprietatis de operis vitio, si quid fructuarius aedificet. —"

Wenn daher der Usufructuar nicht der Gebäude, sondern des Grundes und Bodens wegen dem Nachbar cavirt und Schadensersatz geleistet hat, so kann er vom Proprietar deshalb Sicherstellung verlangen, und wenn dieser sie verweigert, das Eigenthum am Boden erhalten. Und wenn er überhaupt des dienenden Grundstücks wegen dem Nachbar etwas gezahlt hat, und der Proprietar dazu beizutragen sich weigert, so hat er ein Retentionsrecht an dem Boden. L. 22. pr. D. eod.

> „Ergo et solum retinebit fructuarius, si aedes ceciderint, donec ei praestetur damnum, ut, quod haberet vicinus missus in possessionem, id fructuarius habeat, qui damnum vicino sarciit."

Wenn aber der Fall eintritt, daß wegen derselben Sache Mehrere aus verschiednen Gründen zur Kaution verpflichtet sind,

---

14) . 17. §. 1. *fin. D. de nox act.* 9, 4.

dieselbe aber nur von Einem oder dem Andern von ihnen gefordert werden darf, so fragt sich, wer ist zuförderst zur Kautionsleistung verbunden, oder welchen von ihnen kann man zuerst deshalb belangen? Viele Juristen sind der Meinung [15]), daß dann immer der Eigenthümer zuerst belangt werden müsse, und der Superfiziar, Fructuar und Pfandgläubiger blos in subsidium zur Kautionsleistung verbunden seien, und scheinen diese vorzügliche Verpflichtung des Eigenthümers aus dem Eigenthumsverhältniß überhaupt abgeleitet zu haben [16]). Aber wenn wir die Gründe recapituliren wollten, aus denen wir diese an einer fremden Sache Berechtigten für verpflichtet zur Kautionsleistung erkannt haben, so würden diese gerade für eine vorzugsweise Verbindlichkeit jener Berechtigten, nicht aber des Eigenthümers sprechen. Deßhalb muß man wohl billigerweise an der Wahrheit jener Meinung zweifeln, zumal auch die Quellen selbst uns andere Regeln über den fraglichen Fall an die Hand geben. Einmal nämlich heißt es in L. 39. §. 1. D. de damno infecto:

„Si domus in controversia sit, dicendum est, damni infecti cautionem possessoris esse, quum id, quod praestiterit, imputare domino praedii possit, quodsi non caveat, possessionem ad petitorem, qui caveri damni infecti sibi velit, transferrendam*); nam iniquum est, *stipulatorem compelli relicto praedio, ex quo damnum vereatur, dominum quaerere.*"

Ferner in L. 22. §. 1. D. eod.:

„Si ab eo, quem dominum esse negarem, vellem sub hac exceptione: si dominus non esset, satis dari, ab eo ve-

---

15) z. B. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des heut. Civilrechts B. 2. §. 222.

16) Daß die ganze Frage überhaupt nicht unpractisch, noch unwichtig, auch keine blose Spitzfindigkeit ist, ergibt sich ja wohl von selbst. Sie schien mir aber zu einfach, als daß ich sie weitläufiger, als es geschehen ist, hätte behandeln sollen.

*) *Voëtius, comm. ad h. t. VII.*

ro, quem dominum esse dicerem, pure repromitti, constitit, non debere me impetrare, *sed debere me eligere, a quo velim mihi caveri.*"

Aus diesen Stellen [17]) geht deutlich hervor, daß der zur Kaution Berechtigte freie Wahl haben soll, von welchem unter mehreren Verpflichteten er die Kaution fordern will, und daß es blos darauf ankömmt, von welchem dieselbe zu fordern ihm nach den bestehenden Verhältnissen am bequemsten und sichersten erscheint.

Wenn aber Mehrere aus demselben Rechtsgrunde zur Kautionsleistung verbunden sind, z. B. Miteigenthümer, so fallen die obigen Bestimmungen hinweg und die Kaution kann von Jedem und von Allen zugleich gefordert werden. Nur soll dann Jeder den Antheil ausdrücklich benennen, zu welchem er an der Sache berechtigt ist, und für den etwa eintretenden Schaden haften will. L. 27. D. h. t.

„—Contra si plures domini sint vitiosarum aedium, pro sua quisque parte promittere debet, ne singuli in solidum obligentur [18]).

§. 2.

Von wem kann die Kaution *propter operis vitium* gefordert werden?

Wenn wegen aedium et loci vitium Jeder caviren mußte, der ein solches selbstständiges Recht an diesen Gegenständen hatte, daß ihm deßwegen das onus refectionis oblag; so kann dieser Grundsatz beim damnum ex operis vitio nicht Anwendung fin-

---

17) Die Tendenz der ersten Stelle ist doch, daß der die Kaution zu fordern Berechtigte sich an das schadendrohende Haus, an dessen Inhaber halten kann, und nicht erst forschen und fragen soll, wer vielleicht ein besseres Recht daran habe. Dazu kommt dann das zweite Fragment, welches gerade zu sich für die Wahl des Berechtigten entscheidet, sobald Zweie zur Kautionsleistung verpflichtet scheinen.

18) §. 1. *Inst. de duob. reis stipul.* 3, 16.

den, da hier kein unterlassenes „*reficere*“, sondern ein *facere* Veranlassung giebt, daß die cautio damni infecti von dem dadurch Bedrohten gefordert wird [19]). Mithin wird propter operis vitium von Jedem die Kaution verlangt werden können, qui opus facit [20]). Es kommt also nicht darauf an, ob Jemand auf fremdem oder eignem Boden, auf einem gemietheten oder ihm dienenden Grundstücke das Werk verrichtet oder errichtet, sondern nur darauf, daß Jemand Urheber der schadendrohenden Arbeit oder Anlage ist. Diese Ansicht ist nicht nur ganz natürlich und der Sache selbst angemessen, sondern wird auch von den Gesetzen selbst dadurch bestätigt, daß diese hinsichtlich der Kautionsverbindlichkeit beim opus immer nur von dem sprechen, qui opus facit, ohne darauf ein Gewicht zu legen, ob er Eigenthümer oder Miethsmann des Hauses ist, ob er eine Servitut oder ein anderes Recht an dem Grundstücke hat [21]), in oder auf welchem die Arbeit oder Anlage geschieht. Man vergleiche L. 13. §. 1. L. 24. §. 12. L. 30. pr. u. §. 1. D. h. t. In der letzten Stelle wird namentlich die Frage aufgeworfen, ob derjenige, welcher zu Folge einer Servitut ein opus auf dem dienenden Grundstück vornehme, Realkaution stellen oder blos Verbalkaution leisten solle. Da er nun allerdings in alieno opus faciat, und derjenige, welcher de alieno cavire, Realcaution stellen solle, so scheine auch er allerdings diese Art Kaution leisten zu müssen. Ulpian fügt aber hinzu:

Sed quum *de opere, quod faciet*, exigatur stipulatio, con-

---

19) Daß also hier der Grundsatz, daß Jeder caviren müsse, der durch die Immissionen sein Recht an der Sache nicht verlieren wolle, ganz falsch ist, ergiebt sich aus Kap. 9 im Eingange, und dem Obigen ziemlich von selbst.

20) *Wydenbruck*, *dis. laud. pag.* 31.

21) Wie derjenige, welcher auf dem Nachbargrundstücke seine übergefallenen Früchte auflieſt, oder seinen *thesaurus* daselbst ausgraben will. *L.* 11. §. 1. *l.* 15. *D. ad exhibend.* 10, 4.

sequens erit dicere, sufficere repromissionem, quodammodo enim *de re sua cavet.*“

Wenn also Jemand vermöge eines dinglichen oder persönlichen Rechts in einem fremden Grundstücke ein Werk vornimmt, so soll nach dieser Stelle die Arbeit für die seinige, er selbst für den Eigenthümer der errichteten Anlage angesehen werden. Hieraus folgt denn, daß immer nur derjenige, welcher das Werk errichtet, belangt werden kann, nie ein Anderer [22]), z.B. der Eigenthümer des Grundstückes, auf welchem das Werk von einem Andern unternommen wird, — wofern nicht besondere Gründe eine Ausnahme bewirken.

Zu diesen Gründen gehört der Befehl, der Auftrag, ein solches Werk vorzunehmen, ein besonderes Recht oder eine ausdrückliche Verpflichtung, ein solches zu verhindern und zu untersagen, und die Kaution kann deshalb auch von dem gefordert werden, in dessen Auftrag, auf dessen Befehl das Werk geschah, oder in dessen Macht und Verpflichtung es lag, ein solches Werk zu verhindern. L. 24. §. 6. D. h. t.:

—„Si opus factum est ab eo, quem promissor prohibere non potuit, stipulatio non committetur. Plane si prohibere potuit, committetur Sed si quis *promissoris nomine* fecerit, vel ejus, pro quo promissum est, aut alius, qui prohiberi potuerit; stipulatio ita committetur.“

Nach den in den Quellen angeführten Beispielen kann also die Kaution von dem Eigenthümer gefordert werden, der auf eignem Grund und Boden eine gefahrdrohende Arbeit unternimmt, (L. 24. §. 12.) von dem Usufructuar, wenn er in solo fructuario (L. 20.) von jedem Bürger, wenn er in publico (L. 24. pr.), und von dem Servitut Berechtigten, welcher in Folge seiner Servitut auf

22) Ich wüßte auch nicht, wie ein Anderer dazu kommen sollte, wenn ihm nicht in anderer Hinsicht eine Verschuldung trifft.

dem dienenden Grundstücke etwas Schadendrohendes unternimmt. L. 30. pr. D. de damno infecto.[23])

§. 3.

Ueber die Art der Sicherheitsleistung.

Die Kaution wurde entweder mittelst blosen Versprechens, (nuda repromissio) oder vermittelst Versprechen und Bürgen[24]), (satisdatio) geleistet[25]). Die Frage nun, bei wem bloses Versprechen genügt, und bei wem Realkaution nöthig ist, beantwortet der Prätor im Edict, L. 7. pr. D. de damno infecto, also:

„damni infecti *suo nomine* repromitti, *alieno nomine* satis dari jubebo."

Hinsichtlich der Gebäude oder eines andern Grundstücks nun scheinen diejenigen suo nomine zu caviren, welche ebenfalls „rem suam esse vindicant", also Eigenthum an diesen Gegenständen oder ein dem Eigenthum höchst ähnliches Recht haben, oder — wenn wir nach Römischer Weise das Recht mit der deshalb zustehenden Klage bezeichnen — die **Publiciana** in rem actio anstellen dürfen. Zu diesen gehören denn der Eigenthümer, der b. f. possessor, der Superfiziar, der Emphyteuta[26]). Vom b. f. possessor, hinsichtlich dessen manche Juristen zweifelten, ob er blos repromittiren

---

23) *Donell. com. XV.* 47. fügt auch hinzu, daß die Kaution vom Superfiziar verlangt werden könne, sobald er auf dem gemietheten Boden ein neues Werk errichte. Aber *l.* 18. §. 4. *D. h. t.* sagt: *ei (superficiario) soli dominus — cavere non debet*, *nec soli domino superficiarius, quia invicem ex locato et conducto habent actiones.* — Wo aber keine *actio locati et conducti* statt findet, namentlich wenn ein dritter vom Superfiziar oder einem blosen Miethsmann die Kaution *propter operis vitium* fordert, muß sie natürlich zulässig sein. *l.* 19. §. 4. *D. locati et cond.* 19, 2.

24) *l.* 7. *D. de praed. stip.* 46, 5: „*praetoriae stipulationes personas desiderant pro se intervenientium.*—"

25) *l.* 1. §. 5. §. 7. *D. eod.* 46, 5. „*Item ex causa damni infecti interdum repromittitur, interdum satis datur.*"

26) Ihnen wird ja auch von Vielen ein *dominium utile* zugeschrieben. *Glück, Pandect. VIII, p.* 386. *ff.*

solle, sagt Ulpian in L. 13. pr. D. h. t. ausdrücklich: Habet autem rationem, ut magis repromittat, quam satisdet; suo enim nomine id facit."

Daß aber auch der Superfiziar und Emphyteuta suo nomine [27]) caviren und deshalb ein bloses Versprechen bei ihnen genügt, wird nicht nur durch das Rechtsverhältniß derselben [28]) bestätigt, sondern auch durch die Vergleichung des Fructuars mit dem Superfiziar erläutert, welche Ulpian in L. 1. §. ult. und L. 3. §. 3. D. de operis nov. nunt. 39, 1. anstellt. Er sagt dort namentlich, daß der Usufructuar nicht suo nomine ein opus novum nuntiiren könne, wohl aber der Superfiziar, weil ihm der Prätor utiles in rem actiones gegeben habe. Alle Schriftsteller [29]) aber sind darüber anderer Meinung und verlangen vom Superfiziar Satisdation, wozu sie L. 9. §. 4. D. h. t. verleitet zu haben scheint.

„Quaesitum est, si solum sit alterius, superficies alterius, superficiarius utrum repromittere damni infecti, an satisdare debeat? Et Julianus scribit: Quoties superficiaria insula vitiosa est, dominum *et* de soli *et* de aedificii vitio repromittere, aut eum, ad quem superficies pertinet, de *utroque* satisdare;—"

Ich glaube kaum, daß diese etwas anderes sagen soll, als daß der Superfiziar bisweilen nicht nur de aedium vitio, sondern auch de soli vitio Kaution leisten muß, und zwar wegen beider Gegenstände Realkaution, damit er nicht wegen des einen blos repromittire, wegen des andern Satisdation leiste, und dadurch

---

27) Die gewöhnliche Meinung läßt blos den *dominus* u. *b. f. possessor suo nomine repromittere.* Wening-Ingenheim, Lehrb. B. 2. §. 224.

28) Man vergleiche nur *l.* 12. §. 2—3 mit *l.* 7. §. 6. *D. de Publiciana,* 6, 2.

29) Z. B. Wenning-Ingeheim a. a. O. *Günther, princ. jur. rom.* §. 1122. *IV.* 1. *not. m.* Unbestimmt erklärt sich *Hellfeld, jurisprud. forens.* §. 1679.

eine doppelte Stipulation oder Kautionsformel nöthig werde; denn wegen der fehlerhaften Beschaffenheit des Bodens, an dem er gar kein Recht hat, cavirt er allerdings alieno nomine, hingegen würde er wegen der Superfizies für sich allein suo nomine cavirt und blos Verbalkaution geleistet haben.

Vom Usufructuar und dem Pfandgläubiger ergibt sich aus Obigen demnach von selbst, daß sie in fremdem Namen [30]) die Kaution leisten und deshalb Bürgen stellen müssen. Damit stimmen folgende Gesetzstellen überein: L. 9. §. 5. L. 10. L. 15. §. 24 u. 25. D. h. t.

Wenn aber Jemand propter *operis* vitium Kaution zu leisten hat, so soll Jeder, welcher in suo oder vermöge eines dinglichen Rechts in alieno das Werk unternimmt, dieselbe schon durch nuda repromissio leisten können. L. 13. §. 1. D. h. t.:

„Sive corporis dominus, sive is, qui jus habet, ut puta servitutem, de damno infecto caveat, puto eum repromittere debere, non satisdare, quia suo nomine id facit, non alieno.“ [31])

Vergl. L. 30. §. 1. eod.

Wer hingegen blos zufolge eines persönlichen Rechts in einem fremden Grundstücke, oder überhaupt auf öffentlichem Grund und Boden ein gefahrdrohendes Werk unternimmt, soll durch Bürgen Sicherheit stellen. L. 15. §. 2. u. §. 6. D. eod.

Wenn es endlich streitig ist, welches Recht der zur Kaution verpflichtete an der fraglichen Sache hat, so soll er einstweilen durch Satisdation Sicherheit leisten, bis er sein Eigenthum oder

---

30) *l.* 13. §. 1. *D. de Public.* 6, 2. „—*Namque pignoraticiae et precariae possessiones justae sunt, sed ex his non solet competere tale judicium, illa scilicet ratione, quia neque creditor, neque is, qui precario rogavit, eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse.*

31) Diese Stelle kann nur auf die gedachte Weise und also in Vergleichung mit *l.* 30. §. 1. *D. h. t.* aufgefaßt werden, sonst würde sie mit *l.* 9. §. 5. *l.* 10. *l.* 15. §. 24—25. *eod.* in directem Widerspruch stehen.

ein ähnliches Recht daran erwiesen hat, wo dann die Bürgen von ihrer Verbindlichkeit frei werden. L. 22. §. 1. L. 31. §. 1. D. eod. „Si controversia sit, dominus sit nec ne is, a quo cautio exigitur, sub exceptione („si dominus non sit“ —) satisdare jubetur.“

Warum aber bald Satisdation erforderlich ist, bald nuda repromissio genügt, ist leicht einzusehen. Denn wenn der Eigenthümer, d. h. possessor und Superfiziar wegen aedium et loci vitium, oder der Servitutberechtigte propter operis vitium Kaution leisten, so gewähren dort die Sachen, und hier das dingliche Recht hinreichende Sicherheit [32]), so daß nicht noch Bürgen erfordert werden.

Zehntes Kapitel.

Wirkungen der geleisteten Kaution.

dies insertus — *actio ex stipulatu*, — Uebergang derselben auf die Successoren beider Theile.

§. 1.

Wenn der Prätor alle Bedingungen und Voraussetzungen der cautio damni infecti für vorhanden hielt, wenn er denjenigen, welcher die Kaution forderte, dazu berechtigt, den Gegner, von dem sie gefordert wurde, dazu verpflichtet glaubte; so befahl er dem letztern, die Kaution zu leisten, und bestimmte ihm zugleich einen Tag, bis zu welchem er sie geleistet haben mußte. War er bis dahin aber dem Befehle des Prätor's nicht nachgekommen, so traten dann Zwangsmittel ein, von denen aber erst im 11. Kapitel

32) Falls nämlich die *actio ex stipulatu* wirklich erhoben worden wäre und es zur Execution käme.

die Rede sein wird. Von dieser Frist sagt L. 4. §. 1. D. de damno infecto:

Si intra diem a Praetore constituendum non caveatur, in posessionem ejus rei mittendus est."

Aber der Prätor bestimmte nicht nur eine Zeitfrist, binnen welcher die Kaution geleistet werden mußte, sondern auch noch einen zweiten Zeitpunkt, bis zu welchem die einmal geleistete Kaution **wirksam** sein sollte[1]), also einen Zeitraum, in welchem der Schaden eingetreten sein mußte, wenn er ersetzt werden sollte[2]). L. 13. §. 15. D. h. t.:

„Huic stipulationi debet dies esse insertus, *intra quem si quid damni condigerit, cautio locum**) *habet*, neque enim in infinitum obligatus esse debet stipulatione.

Indessen ist es schon genug, wenn innerhalb dieses Zeitraumes nur die Ursache und Veranlassung zu einem schädlichen Ereigniß gegeben wurde, wenn auch erst nach Ablauf des Tages der Schaden selbst augenfällig werden, der Einsturz, Einfall u. s. w. des Gebäudes sich ereignen sollte. Ein sehr anschauliches und instructives Beispiel giebt uns Paulus in L. 18. §. 11. D. eod.:

„Sabini sententia vera est, existimantis, ut si, dum aedificatur, intra *diem stipulatione comprehensum* supra parietem meam domus deciderit, eumque vitiaverit, licet post stipulationis diem paries decidat, possim agere, quia damnum jam tunc acceperim, quum paries vitiosus factus sit; nec quidquam obstare, quominus etiam ante, quam decidat, agi possit: et si ita concussus sit paries, ut

---

1) Man darf also den *dies*, *intra quem cautio praestanda*, und den *dies cautioni insertus*, *s. cautioni praestitutus*, d. h. *intra quem cautio valeat*, nicht mit einander verwechseln.

2) Beide Zeitbestimmungen würden auch bei uns noch passend sein, und die letzte würde namentlich die in der *cautio damni infecti* liegende Beschränkung mildern, als auch gegen unbillige Ansprüche sichern.

*) *Locum habet*, so viel als *vim habet*, d. h. sie ist wirksam vermittelst der *actio ex stipulatu*.

nulla ratione refici possit, ideoque deponendus sit, non minoris litem aestimandam, quam si decidisset."

Dieser dies indeß konnte nach besonderer Uebereinkunft der Parteien aus der Stipulation weggelassen werden [3]); war hingegen Unwissenheit oder Irrthum der Parteien Schuld, daß ohne dies stipulirt worden war, so konnte der Prätor nach Verlauf des Zeitraums, für welchen gewöhnlicher Weise [4]) die Kaution geleistet wurde, denjenigen, welcher Kaution geleistet hat, auf sein Ansuchen von seiner Verbindlichkeit lossprechen. L. 15. §. 1. D. h. t.

Der Zeitraum aber, in welchem die Kaution wirksam sein sollte, war nur in einem Fall im Voraus bestimmt, L. 15. §. 2. D. eod.:

„Praetor ait: de eo opere, quod in flumine publico ripave ejus fiat, *in annos decem* satisdari jubebo."

Sonst stellte der Prätor erst eine rei cognitio an, und bestimmte dann nach Erwägung der Verhältnisse und billigem Ermessen die Frist. Dabei nahm er vorzüglich darauf Rücksicht, was die Ursache des befürchteten Schadens war, (ob ein opus oder das aedium et loci vitium —) ferner auf die Bedeutung und Größe der Arbeit oder Anlage, endlich auch auf die Art und Beschaffenheit des drohenden Schadens, auf den Causalnexus, (Einsturz, Zerstörung oder blose Beschädigung — einmaliger Unfall oder fortgesetzte Beschädigung —). L. 13. §. 15. L. 14. [5]) L. 15. §. 7. D. eod.

Wenn aber diese Frist verstrichen, der Schade zwar noch nicht eingetreten, jedoch Gefahr noch immer vorhanden war, so wurde auf besonderes Ansuchen des Bedrohten die Frist erneuert

---

3) *Si quidem ex conventione quandoque fuerit commissa, (stipulatio sine adjectione diei) ex stipulatu agetur."* —

4) *„In quem alioquin caveri solet."* —
Ein Beispiel liefert *l.* 15. §. 2. *D. de damno infecto*, wo auf 10 Jahre hinaus Sicherheit geleistet wird.

5) Die in dieser Stelle erwähnte *longinquitas soli* kann wohl schwerlich mit der Glosse von dem Alter des Bodens verstanden werden, zumal wegen der darauf folgenden *„operis magnitudo."*

oder verlängert. Nicht selten aber gieng dann erst eine Besichtigung der drohenden und bedrohten Grundstücke (inquisitio localis [6]) voraus, welche auch den Municipalmagistraten übertragen wurde. L. 15. pr. L. 4. pr. D. eod.

§. 2.

Wenn nun der befürchtete Schaden wirklich intra diem stipulationi insertum eintritt, so fragt sich, mit welcher Klage kann der Beschädigte denselben verfolgen. Die Kaution wird, wie wir bereits sahen, durch stipulationes praetoriae bewirkt, „quae intercedunt, ut nova sit actio.“ (L. 1. §. 2. D. de praetor. stip. 46, 5.) Unter dieser Klage kann natürlich keine andere verstanden werden, als diejenige, welche überhaupt aus Stipulationen hervorgeht [7]), nämlich die *actio ex stipulatu*. L. 15. §. 1. D. de damno infecto. Sie hat nur bei prätorischen Stipulationen das Eigenthümliche, daß sie von dem Interessenten auch dann angestellt werden kann, wenn nicht dieser, sondern ein Anderer in seinem Namen und Auftrag stipulirt hat. L. 18. §. 16. D. eod. [8])

Welchen Schaden wir aber mit dieser Klage verfolgen können, und wie viel wir damit erreichen, geht klar [9]) aus folgenden Stellen hervor: L. 5. §. 2. (verbis: „non plus cuique praestaturus, quam quod ejus intersit“), L. 18. §. 10. (verb.: „quia in hoc fit stipulatio, quanti ea res erit“ —) L. 28. (verb.: „in hac stipulatione venit, quanti ea res erit“ —) D. de damno infecto, 39, 2.

---

6) Also doch ein Beispiel von Einnahme des Augenscheins bei den Römern. *Quinctilian, inst. orator. V.,* 5. Uebrigens sind solche Beispiele selten.

7) *pr. Inst. de verbor. obligat.* 3, 15.

8) *l.* 5. *D. de praetor. stip.* 46, 5. Vergl. Kap. 4. *pag.* 18.

9) Nicht Allen ist dies so klar gewesen, *Porthier, Pand. just. tom. III. ad h. t. pag.* 566.

Nun ist bekannt, daß die Römer das *quanti ea res erit*, dem Ausdrucke id quod interest entgegen setzen [10]), und unter dem ersten den wahren Werth der beschädigten Sache [11]) (rei aestimationem) verstehn, das id quod interest [12]) hingegen auf das beziehen, was man noch außerdem an Schadensersatz fordern kann, oder auch auf beides zugleich, den Werth und mittelbaren Schaden, also auf das volle Interesse. Indessen ist der Sprachgebrauch in den Quellen schwankend und die Juristen gebrauchen auch den Ausdruck quanti ea res erit, um damit das volle Interesse zu bezeichnen. Dies ist auch in unserem Falle und in den oben angeführten Stellen der Fall [13]). Darauf führt uns schon die L. 4. §. 7. D. h. t. hin, welche von der in factum actio gegen die säumigen Magistrate hinsichtlich einer geforderten cautio damni infecti handelt, und also das quanti ea res erit erklärt:

„Quod non ad quanditatem (rei aestimationem) refertur sed ad id, quod interest, et ad *utilitatem* venit, non ad poenam. [14])"

Darauf leiten uns auch die in unserem Titel gegebenen Beispiele hin, indem diese nicht nur den positiven Schaden, den Verlust des vorhandenen Vermögens, (damnum emergens [15]), sondern auch einen entzognen Gewinn, dessen Genuß in unserm Rechte auf eine Sache begründet und den natürlichen Gange der Dinge nach wahrscheinlich war, (lucrum cessans,) geschätzt und ersetzt wissen wollen [16]). So sollen dem bedrohten Nachbar die

---

10) *l.* 193. *D. de verbor. signif.* 50, 16. „*Haec verba: quanti eam rem paret esse, non ad id quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur.*"

11) *l.* 179. *D. eod.*

12) *Mühlenbruch, doctr. pand. p. II.* §. 360. *not.* 6.

13) Andere Beispiele in *Mühlenbruch, loc. l. not.* 8.

14) Falsch ist die Erklärung dieser Stelle in der Glosse.

15) Siehe *Mühlenbruch, l. c. nota* 5.

16) Anderer Meinung ist *Porthier, Pant. just. ad h. t. tom. III. pag.* 566. Auch die Glosse meint, man könne nicht gerade zu sagen, ein

Kosten, welche er, wegen gerechter Furcht vor'm Einsturze der Gebäude, auf die Stützung derselben verwendete, ersetzt werden. L. 28. D. h. t.

Ingleichen soll der bedrohte Nachbar entschädigt werden, wenn entweder die Miethsleute, um der befürchteten Beschädigung zu entfliehen, aus der gemietheten Wohnung ausziehen, oder Niemand aus Furcht vor dem schädlichen Ereigniß (Einfall, Einsturz u. s. w.) bei demselben einmiethet. L. 29. D. eod. [17])

Daß ferner die beschädigten Sachen nicht nach dem pretium affectionis taxirt werden, versteht sich nach allgemeinen Regeln, schon von selbst [18]). Eine mehr besondere Bestimmung über die Schätzung des Schadens aber enthält L. 40. p. D. eod. nach welcher Kostbarkeiten, besonders Gegenstände des Luxus nach einem sehr mäßigen Maaßstabe gewürdiget werden sollen [19]).

„Ex damni infecti stipulatione non oportet infinitam vel immoderatam aestimationem fieri, utputa ob tectoria et ob picturas. Licet enim in haec magna erogatio facta est, attamen ex damni infecti stipulatione moderatam aestimationem faciendam, quia honestus modus servandus est, non immoderata cujusque luxuria."

Endlich aber können bei der Taxirung des Schadens, welcher mit der actio ex stipulatu verfolgt werden soll, nur solche beschädigte Gegenstände berücksichtigt werden, derentwegen die Kaution vom

---

lucrum käme nicht mit in Anschlag, da doch Rücksicht genommen werde, *quanti ea res erit.* Es müsse daher auf jeden Fall ein *magnum lucrum* wenigstens eingeklagt werden können.

17) Andere Fälle noch in *l.* 28. *l.* 37. *in fin. D. h. t.* „*si forte habitatores migraverunt, aut non tam commode habitare possunt, imputari id aedificatori potest.*" Falsch ist also die Ansicht der Glosse, daß ein *modicum lucrum* nicht mit in Anschlag gebracht werden könne.

18) *Mühlenbruch*, *doctr. pand. II. p.* §. 365. *not.* 2.

19) Daß aber Gegenstände, welche leicht hätten entfernt werden können, nicht beachtet würden bei Abschätzung des Schadens, steht nirgends geschrieben. Auch nicht in *l.* 34. *D. h. t.*

Anfang an gefordert worden ist; so daß als Regel gelten kann: *quod non est in stipulatione, non erit in actione.* Wer also sich hinsichtlich des Hauses, das er eben besitzt, Sicherheit leisten läßt, später aber noch ein anderes benachbartes kauft, welches ebenfalls durch den Ruin des Nachbarhauses beschädiget wird, der kann doch nur auf Schadensersatz wegen der Beschädigung des ersten Hauses klagen, nicht aber um des später erworbenen willen die actio ex stipulatu erheben. L. 18 §. 5. D. h. t.*) Indessen sollen dennoch Mobilien, welche auch nach geleisteter Kaution in das bedrohte Haus gekommen sind, sobald sie durch Einsturz oder Abfall des Nachbarhauses verletzt oder zerstört worden sind, Gegenstand der actio ex stipulatu werden. L. 18. §. 6. D. eod. Diese anscheinend dem vorigen Fragment widersprechende Bestimmung läßt sich dadurch erklären, daß derjenige, welcher sich seines Hauses wegen von einem Nachbar Kaution leisten läßt, dabei jederzeit auch die Mobilien, welche er in seinem Hause hat oder haben wird, und möglicher Weise beschädiget oder vernichtet werden können, im Geiste mit umfaßt[20]).

In vielen Fällen kann noch die actio ex stipulatu aus ein und derselben Stipulation oder Kaution mehrere Male erhoben werden. L. 18. med. D. ratam rem haberi, 46, 8.[21]):

„Sicut in stipulatione damni infecti accidere potest, ut is, qui stipulatus sit, subinde (mehrere Male nach einander) agat; cavet enim, si quid ibi ruet, scindetur, fodietur, aedificabitur. Finge enim subinde damnum dari, non erit dubium, quin agere saepius possit; nam si toto damno

---

*) Außer den in dieser Stelle enthaltenen Beispielen könnte man noch *l.* 18. §. 1. *D. h. t.* hieher beziehen.

20) Die in dem Hause vorhandenen Mobilien u. s. w. vervollständigen gewisser Massen den Begriff des Hauses.

21) Eine auch im Bezug auf die Fälle der Anwendung unserer Kaution interessante Stelle, *si quid ruet — scindetur — fodietur — aedificabitur.*

computato tunc agendum est, propemodum non ante aget, quam dies stipulationis praeterierit, intra quem si damnum datum sit, stipulatione cautum erit, quod verum non est.“ Dieses „quod verum non est“ bezieht sich offenbar nicht auf das Ganze, so daß also nicht mehrere Male geklagt werden könne, sondern nur auf den Grund, daß wenn man den nach und nach sich ereignenden Schaden nicht nach und nach mit der actio ex stipulatu verfolgen könne, der dies stipulationis am Ende vorüber sein und gar keine Klage statt finden würde. Von einem solchen Grunde konnte gesagt werden, quod verum non est, da wir oben gesehn haben, daß es schon genügt, wenn nur die causa damni innerhalb der gestellten Frist gegeben worden ist, um den Schaden, der sich auch nach derselben erst zeigt, mit der actio ex stipulatu einklagen zu können. L. 18. §. 11. D. de damno infecto [22]).

§. 3.

Nun bleibt uns noch die Frage zu beantworten übrig, **wem** und **gegen wen** die actio ex stipulatu zusteht [23]). Daß sie vor allen Dingen der stipulator gegen den erheben kann, welcher ihm Kaution leistete (promissor), versteht sich von selbst. Daß sie aber auch activ und passiv auf die Erben derselben übergeht, kann nach folgender Stelle nicht zweifelhaft bleiben.

„Adjicitur in hac stipulatione et heredum nomen vel successorum eorumque ad quos ea res pertinet—“

so sagt uns L. 24. §. 1. D. de dam. inf. und fährt dann fort:

---

22) Wenn aber z. B. wegen eines am Flußufer errichteten Werkes auf 10 Jahre vom Unternehmer cavirt worden ist, so läßt sich recht wohl denken, daß bei jedem Anschwellen und Austreten des Flusses dem Nachbar geschadet, und ihm eine wiederholte Klage deshalb wünschenswerth wird. *l.* 15. §. 2. *eod.*

23) Daß wir damit auch die **Bürgen** des *promissor* belangen können, ist bekannt. *Günther*, *princ. jur. rom.* §. 1122. *V.*

„successores autem non solum qui in universa bona succedunt, sed et hi, qui in rei tantum dominium successerint, his verbis continentur.“

Diese letzten Worte erregen gegründete Zweifel und haben den ältern Juristen manche Schwierigkeiten gemacht. Die meisten von ihnen, welche die Schwierigkeiten und Zweifel zu beseitigen suchten, haben indessen den Knoten mehr zerhauen, als gelöst. Dies ist der Fall mit den Glossatoren, und mit Voet, welcher mit diesen jene Worte von den Singularsuccessoren des Stipulator sowohl als des Promissor verstanden wissen will [24]. Wir wissen jedoch, daß die Singularsuccessoren im Verhältniß zu ihrem Vorgänger als fremde Personen (alieni, extranei) betrachtet werden und denselben namentlich in Ansehung seiner persönlichen Rechte und Pflichten nicht repräsentiren, mithin nach bekannten Regeln über Stipulationen aus solchen Rechtsgeschäften ihrer Auctoren weder berechtigt noch verpflichtet werden können. L. 73. §. 4. D. de regulis juris:

„Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam *alteri* cavere potest [25].“

Und von den Singularsuccessoren des Promissor gilt §. 3. Inst. de inutil. stip. 3, 19.:

„Si quis *alium* daturum facturumve quid spoponderit, non obligatur.“

Nach der ersten Stelle würden also die Singularsuccessoren des Stipulator aus dessen Stipulation nicht berechtigt werden, nach der zweiten aber der Auctor, welcher verspräche, daß seine Singu-

---

24) *Voëtius, comment. ad Pandect. Tit.* 39, §. 5. X.

25) *cfr.* §. 4. *Inst. de inutilib. stipulat.* 3, 19. Die prätorischen Stipulationen haben zwar mancherlei Umgestaltung erlitten, und können auch von dritten Personen, welche ein rechtliches Interesse dabei haben, z. B. Tutoren, Procuratoren u. s. w. für einen Berechtigten interponirt werden, allein ein Singularsuccessor als solcher paßt nicht hieher.

larsuccessoren den Schaden ersetzen wollten, weder sich, noch die Successoren obligiren.

Voet sucht daher die ihm selbst sonderbar dünckende Bestimmungen auf eine noch sonderlichere Weise zu erklären, und meint, daß namentlich der Promissor durch sein Versprechen die Sache selbst (das Haus, Grundstück u. s. w.) mit der Obligation belaste, und daß also mit dem Hause auch die Obligation auf den Singularsuccessor übergehe. Ich glaube jedoch, daß sich dieser für dergleichen Zugaben und Geschenke gern bedanken wird, und daß überhaupt diese Erklärung nichts klarer, sondern vieles noch dunkler macht. Die Erklärung ist den allgemeinen Prinzipien des Römischen Rechts zuwider[26], die Meiuung selbst wird von keiner Stelle unterstützt. Dafür freilich, daß auch gegen die Singularsuccessoren des Promissor die actio ex stipulatu gehe, citiren Viele[27]) L. 17. §. 3. D. de damno infecto:

„actio ista, quae in factum est, perpetuo dabitur, et heredi et in heredem ceterasque, itemque ceterisque personis."

Theils aber spricht diese Stelle nicht von der actio ex stipulatu, sondern einer in factum actio, theils sind unter den ceteras personas, nicht die Singularsuccessoren, sondern die den Civilerben (heredes) entgegengesetzten prätorischen (bonorum possessores) zu verstehen[28]). Eben so sagt eine andere für obige Meinung citirte Stelle L. 17. §. 4. D. eod. gerade im Gegentheil, daß der Ver-

---

26) Eine Servitut wird ja nicht begründet, und der Satz *noxa sequitur caput*, auf den uns die Aehnlichkeit des Noxalverfahrens mit der *cautio damni infecti* bringen könnte, ist bei der letzten unanwendbar, da hier eine Verpflichtung erst mittelbar durch Stipulation, dort aber unmittelbar durch den Besitz eines solchen *caput noxale* begründet wird. — Und unsere Reallasten kannte das Römische Recht auch nicht.

27) *Mühlenbruch doctr. pand. p. II.* §. 459. *not.* 10.

28) Vergl. *l.* 1. §. 8. *D. ne vis fiat ei, qui missus*, 43, 4. — wovon derselben Klage die Rede ist, und dazu noch *l.* 70. §. 1. *D. d. v. s.* 50, 16. — Auch die Glosse *ad h. t.* interpretirt die „*ceteras personas*" durch *successores in rem*.

käufer, der sein Grundstück nach erhobener actio ex stipulatu veräußert habe, allen Schaden zu ersetzen verurtheilt werden solle, welcher vor erhobener Klage (ante judicium) schon sich ereignet habe.

Deshalb stellte auch Donell [29]) eine andere Meinung auf, nach welcher die Form der Stipulation ohngefähr folgende gewesen wäre: „Si quid damni ex aedium vel loci vel operis vitio contigerit, quod a te aut heredibus tuis aliisve successoribus quibuscunque factum erit, damnum praestare spondes? — spondeo"; so daß zufolge dieser Stipulation der Promissor sammt seinen Erben auch für die Singularsuccessoren sich verpflichtet hätten. Indessen steht auch dieser Meinung entgegen, daß ein dies der Stipulation inserirt wurde, bis zu welchem dieselbe wirksam blieb, und daß wenn in dieser Zeit der Promissor, bevor noch ein Schade eingetreten war, veräußerte, er eo ipso von aller Obligation befreit, und das officium reficiendi (so zu sagen) et cavendi auf dessen Nachfolger übertragen wurde [30]).

Deshalb möchte ich das „adjicitur nomen successorum, qui in rei tantum dominium successerint," auf die Singularsuccessoren des Stipulator allein beziehn, so daß die Stipulationsformel vielleicht so gewesen wäre: „Quod ex aedibus tuis *mihi* vel *ei*, ad quem res ea pertinebit, intra triennium datum erit, damnum *mihi* praestare spondes? — spondeo."

Hatte der Stipulator also sich gesichert, und es wurde seinem Singularsuccessor ein Schaden zugefügt, so cedirte diesem der Erstere seine Klage, und verhalf ihm dadurch zu vollem Schadensersatz. Darauf deutet auch L. 18. §. 10. D. h. t. hin, wenn es heißt: Sed si venditor interposuerit stipulationem, etiam id

---

29) *Donell. comm. XV.* 47.

30) Denn die Verbindlichkeit zur Kautionsleistung ist ja Folge des Besitzes eines Gebäudes u. dgl., welches Schaden droht. Hört der Besitz auf, so endigt auch die Verbindlichkeit zu und aus der Kautionsleistung.

damnum continebit, quod post tratitionem emtori contigerit. Natürlich konnte auch der emtor selbst hier Kaution verlangen und daraus klagen, dann fiel aber natürlich alles Interesse des Auctor's (venditor) hinweg und folglich auch seine Klage (actio ex stipulatu), wodurch sich die Schlußworte der genannten Stelle erklären [31]).

In vielen Fällen konnte aber dem Stipulator daran gelegen sein, den Singularsuccessor sogleich und ohne daß dieser erst die Kaution für sich verlangte, sicher zu wissen, z. B. wenn er die vom Nachbarhause bedrohten Gebäude verschenkte oder als Legat vermachte, u. s. w. [32])

Elftes Kapitel.

Wirkungen der verweigerten Kaution.

Wirkungen bei *operis vitium* — *aedium et loci vitium* — *missiones.*

---

§. 1.

Wie wir bereits früher erfuhren, pflegte der Prätor oder Präses der Provinz demjenigen, welchem er aufgab, die cautio damni infecti zu leisten, auch eine Zeit zu bestimmen, bis zu

---

31) *Quod esse iniquissimum, Aristo ait, quoniamsi emtor quoque stipulatus esset, duobus promissor ejusdem nomine obligaretur; nisi forte id contra se habeat, quia in hoc fit stipulatio, quanti ea res erit, ut possit videri, nihil interesse jam venditoris, stipulatione damni infecti interposita.*"

32) Ich muß aber bekennen, daß mir der Nutzen des „*adjicitur nomen etc.*" in *l.* 24. §. 1. *D. h. t.* nicht recht einleuchtet, das Verhältniß des in dieser Stelle ausgesprochnen Gebrauchs zu allgemeinen Rechtsregeln, namentlich über Stipulationen, bleibt doch unsicher, und der Sinn dieser *lex* mir noch immer etwas ungewiß.

welcher er diese bestellt haben mußte [1]). Kam er binnen dieser Frist dem Decrete des Prätors nicht nach, so wurde angenommen, daß er die schädliche Sache, (sein Haus, oder ein anderes Grundstück) nicht vertreten, vertheidigen wollte, und er mußte, wie der Eigenthümer eines schädlichen Thieres oder Sclaven [2]), welcher dasselbe vor Gericht nicht vertritt und den von ihm verursachten Schaden ersetzt, sein Recht an der Sache aufgeben. Darauf deutet L. 7. §. 1. D, de damno infecto hin und L. 9. pr. eod. sagt ausdrücklich:

„Integra autem re (damno nondum dato) unusquisque cogitur, aut de damno infecto cavere, aut aedibus carere, quas non defendit."

dazu nun, daß der Beklagte sein Recht an der Sache aufgab (aedibus carere), wurde er durch missiones in rem gezwungen [3]), nach L. 4. §. 1. D. eod.:

„Si intra diem a Praetore constiduendum non caveatur, in possessionem ejus rei mittendus est."

Diese missiones*) waren prätorische Rechtsmittel und bestanden in Decreten, wodurch der Prätor nach summarischer Untersuchung der Sache [4]) dem Berechtigten die Erlaubniß ertheilte, sich eigenmächtig in dem Besitz des ganzen Vermögens des Beklagten (missiones in bona) oder nur in den Besitz einer einzelnen Sache (missiones in rem) zu setzen. Sie dienten entweder zum Schutze eines Rechtes [5]), zur Sicherung der Befriedigung gewisser An-

---

1) *l.* 4. §. 1. *D. de damno infecto. cfr.* Kap. 10. vorn herein.

2) *l.* 1. *pr. D. si pauperies.* 9. 1. *l.* 1. *D. de noxal. act.* 9, 4.

3) Vergleiche über die *missiones in rem*, Zimmern, Rechtsgeschichte B. *III.* §. 35., welcher auch den Ursprung derselben aus dem Noxalverfahren bestätigt.

*) Ueber die *missiones in bona* überhaupt, Zimmern, Band 3. §. 76, 77. §. 84—86.

4) *l.* 1. §. 14. *D. si ventris nomine*, 37. 9.

5) Die *missio ventris nomine, furiosi nomine.* Vergl. *Mühlenbr. doct. pand.* §. 156.

sprüche [6]) oder auch zu Zwangsmaaßregeln gegen bestimmte Ungehorsame [7]).

Diese missiones in rem nun vertreten bei der cautio damni infecti die Stelle der noxae datio bei den Noxalklagen. Die Aehnlichkeit aber und Verwandtschaft des Verfahrens bei der cautio damni infecti mit den Noxalklagen habe ich seither schon oft in Anspruch genommen, und man hat diese Behauptung bis jetzt in gutem Glauben hinnehmen müssen. Hier jedoch soll es mir daran gelegen sein, dieselbe endlich auch zu beweisen.

Durch die bisher beschriebene Art des Verfahrens [8]) ist die Sache aber schon sehr wahrscheinlich geworden, durch den ausdrücklichen Ausspruch der Gesetzstellen wird sie vollkommen begründet. Der schon angeführten L. 7. §. 1. L. 9. pr. D. de damno infecto nicht zu gedenken, bitte ich, nur einmal L. 19. pr. D. eod. mit L. 30. D. de noxalibus action. 9, 4. zu vergleichen. Dort sagt Gajus ad edictum Praetoris urbani, titulo de damno infecto:

> „Eorum, qui bona fide absunt, *in stipulatione* damni infecti jus non corrumpitur, sed reversis cavendi ex bono et aequo potestas datur, sive domini sint, sive aliquid in ea re jus habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius.“

Und in L. 30. D. de noxalib. action. sagt Gajus ebendaselbst, nämlich ad edictum Praetoris urbani, titulo *de damno infecto:*

> „In *noxalibus actionibus* eorum, qui bona fide absunt, jus non corrumpitur.”—

und nun folgen dieselben Worte wie oben. Hieraus*) folgt doch

6) *Missiones rei servandae causa.*

7) *Missio damni infecti nomine, missio legatorum servandorum causa.*

8) *Aut rem defendere (et cautionem praestare — litis aestimationem offerre), aut re carere (missione ex sec. decreto — noxae deditione).*

*) Einmal nämlich daraus, daß *Gajus* bei dem Titel *de damno infecto* von Noxalklagen spricht, und ferner daraus, daß dieselbe Vorschrift mit

offenbar, daß die Römischen Juristen die stipulatio damni infecti den Noxalklagen gleich stellten oder gar, wie Berger, oecon. juris. Lib. III. Tit. XIV. III. Not. 9. sie dazu rechneten.

Ferner wird in L. 28. D. de nox. act. 9, 4. gesagt, daß derjenige, welcher eine Sache durch noxae datio erhalten habe, diese mit der *Publiciana* verfolgen könne, da er auctore Praetore, mithin bona fide besitze und die Sache usucapiren könne. Wenn nun in L. 18. §. 15. D. de damno infecto es heißt:

„Non solum autem eum punit Praetor, qui in possessione esse, sed etiam eum, qui possidere passus non fuerit, *quum alioquin, si is, qui jussu Praetoris coeperat possidere et possidendo dominium capere*; — —, utile interdictum unde vi vel *Publicianam actionem* habere possit" — ;

so ist doch hier ebenfalls eine Hindeutung auf die Noxalklagen, und eine Zusammenstellung unsrer Kaution mit ihnen, nicht zu verkennen [9]).

§. 2.

Wenn nun nach Art der Noxalklagen das Prinzip der cautio damni infecti darin besteht, daß man entweder muß *rem cautione offerenda defendere, aut re carere*, so folgt daraus, daß Missionen bei einer propter *operis* vitium geforderten, aber verweigerten Caution durchaus nicht Statt finden konnten, auch nicht statt gefunden haben. Denn da die Kaution in diesem Falle gefordert werden mußte, bevor die Arbeit vollendet, die Anlage errichtet war, die missio aber in eine Handlung, die nicht Ge-

---

denselben Worten in der einen Stelle für die *stipulatio damni infecti*, in der andern für die Noxalklagen gegeben wird.

9) Es könnte auch eine Hinweisung auf andere *missiones in bona* in der Stelle enthalten sein. Dies ist aber weniger wahrscheinlich, da nur bei wenigen Immissionen auch ein „*poss idendo dominium capere*" vorkömmt. *Mühlenbruch*, *doct. pand.* §. 157. *not.* 5. u. 6.

genstand eines Besitzes sein kann [10]), oder in eine Anlage, die noch nicht existirt [11]), nicht gedacht werden kann, so mußten hier wohl andere Zwangsmittel gegen denjenigen angegriffen werden, welcher die Kaution verweigerte. Dies bestätigten auch die Gesetze, indem sie, so oft sie von den Missionen sprechen, immer nur aedes und locus erwähnen, nie ein opus; dies bekräftiget ferner L. 23. D. de damno infecto ausdrückeich, wenn sie folgendes vorschreibt:

„In stipulatione damni infecti, *quae aedium nomine interponitur,* nisi in solidum fuerit cautum, mittetur in possessionem.“

Dies leuchtet endlich aus der Bestimmung hervor, daß die missiones in eam partem Statt finden sollen, quae *ruinosa* videtur. Wie aber in diesem Falle dem Bedrohten, welchem die Kaution verweigert wird, zu helfen sei, geht wieder aus der Natur der Sache, so wie aus vielen Stellen klar hervor. Denn wenn derjenige, welcher um ein interdictum prohibitorium zum Schutz gegen Störungen bei seiner Arbeit oder Anlage bittet, die Kaution leisten soll, aber nicht leisten will, so wird ihm natürlich das Interdict vom Prätor verweigert, da die Kaution Bedingung desselben ist [12]).

Wird ferner die Kaution wegen eines opus solo conjunctum, bevor dies vollendet ist *), gefordert, von dem Unternehmer aber

10) In was soll man den mittiren, welcher seine übergefallnen Früchte auf dem Nachbargrundstücke auflesen will und deßhalb caviren soll?

11) *l.* 1. §. 38. *D.* 43, 20. *cfr.* Kap. 9. §. 2. oben.
Cavirt man erst, wenn das *opus* bereits vollendet ist, so fällt diese Kaution unter den Gesichtspunkt der *stipulatio propter aedium et loci vitium.* Vergleiche Kap. 5. §. 1. — Das *opus perfectum* ist dann ein Theil des Hauses, oder sonst ein Gebäude, *stabulum, insula,* u. dgl. Deßhalb trennt auch *Donell. l. c.* §. 1. zwei Fälle also: *si de aedibus aut opere jam constituto cautio exigitur* — und *si de eo opere, quod jam instituitur, agitur.* —

12) Vergleiche Kap. 5. §. 5. dieser Abhandlung.

*) *l.* 1. §. 1. *D. de operis nov. nunt.* 39, 1. „*Hoc autem remedium adversus futura opera inductum est, non adversus praeterita, hoc est adversus ea, quae nondum facta sunt, ne fiant.*

verweigert, so wird eine operis novi nuntiatio gegen ihn ausgebracht, und er in seiner Unternehmung gehindert. Dies bezeugt L. 1. §. 17. D. de oper. nov. nunt. 39, 1.:

„Nuntiamus autem, quia jus aliquod prohibendi habemus, vel ut damni infecti caveatur nobis ab eo, qui forte in publico vel in privato quid molitur,—“

Endlich kann in dieser Beziehung auch das interdictum quod vi aut clam gegen den angewendet werden, welcher, obschon ihm von dem Nachbar zum Zweck einer cautio damni infecti das Fortbauen u. s. w. durch testatio oder denuntiatio untersagt worden ist[13]), doch, ohne Kaution geleistet zu haben, fortbaut. Denn dann heißt es von ihm *„vi fecit"*, nach L, 1. §. 7. D. quod vi, aut clam. 43, 24.:

„Sed et si contra testationem denuntiationemque fecerit idem esse[14]), Cascellius et Trebatius putant; quod verum est."

Deßhalb konnte auch Ulpian L. 3. §. 6. D. eod. sagen:

„Sed et si quis damni infecti paratus sit cavere, quum propter hoc tantum esset prohibitus, vel quia non defendebat, vel damni infecti non repromittebat, consequens est dicere, desinere eum vim facere."[15])

§. 3.

Missiones im Fall die Kaution propter aedium vel loci vitium verweigert worden ist.

Wir sind nunmehr darüber einverstanden, daß die missiones in rem bei verweigerter Kaution nur dann Statt finden, wenn

---

13) *l.* 4. §. 5—6. *D. de damno infecto.* 39, 2. *l.* 1. §. 1. *D. de oper. nov. nunt.* 39, 1.

14) *Idem esse (hunc quoque vi fecisse, Pedius et Pomponius scribunt)* §. 6. derselben *l.* 1. *D. eod.*

15) Daß sich noch andere Zwangsmittel denken lassen, ist wahrscheinlich; diese aber sind diejenigen, welche mir im *corpus juris* gleich in die Augen sprangen.

dieselbe wegen fehlerhafter Beschaffenheit eines Gebäudes aedium vitium oder eines andern Grundstücks loci vitium gefordert worden ist [16]). Ueber Immissionen in aedes sind zu vergleichen L. 5. L. 15. §. 11—36. L. 18. §. 12. L. 23., von missiones in locum spricht L. 18. §. 1, D. de damno infecto. Aus allen diesen Fragmenten, verglichen mit der auf unsere Immission bezüglichen Stelle des Edicts:

„Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem ejus rei, cujus nomine, ut caveatur postulabitur, ire et cum justa causa esse videbitur, etiam possidere jubebo" [17])

geht aber hervor, wer eine solche Immission nachsuchen kann, in welche Sache die Einweisungen Statt finden und endlich der Unterschied der missio ex primo decreto und der ex secundo decreto.

Immittirt wird also derjenige, welchem die cautio vom Prätor u. s. w. zuerkannt, vom Beklagten aber verweigert worden ist. Sind es Mehrere, welche um derselben Sache willen aus gleichem oder verschiedenem Rechte, Kaution gefordert und nicht erhalten haben, so werden sie nicht pro rata ihres Rechts an der bedrohten Sache, oder pro parte des sie treffenden Schadens, sondern gleicher Weise und in die ganze Sache imittirt. L. 15. §. 18. D. h. t.

„Cum autem plures mittuntur in possessionem aequaliter mittuntur, non pro rata damni, quod unumquemque contingeret. Et merito; nam et cum unus mittitur, non pro portione damni mittitur, sed in totum; cum igitur plures mittuntur, aequaliter omnes quasi in totum missi concursu partes habebunt."

---

16) Deutlich genug ergiebt sich wohl daraus, wie unrichtig es ist, wenn man die Verbindlichkeit Kaution zu leisten aus den Folgen ableiten will, welche die Verweigerung der Kaution in den Immissionen offenbart. Z. B. wenn Wening-Ingenheim sagt: „Jeder müsse caviren, welcher sein Recht an der Sache nicht durch Immission verlieren wolle."

17) In *l. 7. pr. med. D. de dam. inf.* 39, 2.

Sie kommen daher in ein Communionsverhältniß zu einander und haben die actio communi dividundo gegen einander. L. 15. §. 19. eod.

Eine zweite Frage, welche die oben angeführten Worte des Edicts uns beantworten, ist die, in welche Sache wird immittirt? — und die Antwort war: in possessionem ejus rei, cujus nomine ut caveatur, postulabitur; also in den Besitz der schadhaften und schadendrohenden Sache, derentwegen wir die Kaution gefordert haben, werden wir eingewiesen. Dies verstand sich wohl von selbst; aber das „ejus rei" erklärt Ulpian in L. 4. §. 1. D. h. t. also:

„Ejus rei, sic accipe, sive *tota* res sit, sive *pars* sit rei."

Hieraus ersehn wir, daß man bisweilen in die ganze schadhafte Sache, oft nur in einen Theil derselben eingewiesen wird, und Ulpian erläutert die obigen Worte in L. 15. §. 11. noch durch den Zusatz: in eam partem, quae ruinosa esse videtur."[18])

Wenn nun wegen *loci vitium* die Kaution vergeblich gefordert worden ist, so wird hier meist nur in den eigentlich schadhaften und gefährlichen Theil des Grundstückes immitirt, in eam partem *agri* mittendus est, ex qua periculum timetur. L. 38. §. 1. D. eod.

Anders ist es bei Gebäuden; denn von diesen sagt Paulus in der letzten Stelle, ejusque rei ratio haec est, quod in aedificis partes quoque reliquae a vitiosa parte traherentur." Wenn also der baufällige Theil eines Gebäudes mit den übrigen Theilen in Verbindung und Zusammenhange steht[19]), wenn eine Immission in den einzelnen schadhaften Theil eines Hauses, z. B. in eine Mauer, Wand u. s. w. nicht gut möglich ist[20]), wenn end-

---

18) Daß aber bisweilen nur in einen Theil der Sache die Immission Statt findet, ist eine Eigenthümlichkeit der *missio damni infecti causa*, da man bei den übrigen Immissionen immer in den Besitz der ganzen Sache immittirt wird.

19) (*verbis*) „*si vero juncta sit contextu aedificiorum, in totam*;"

20) „*si possessionem ejus rei mitti, quam quis possidere non possit*"—

lich der Besitz dieses Theils allein dem Immittirten durchaus nicht förderlich, noch nützlich sein wird [21]); so wird die Einweisung in den Besitz über das ganze Haus, das ganze Gebäude verhängt.

L. 15. §. 13. und 14. D. de damno infecto.

L. 15. §. 12. D. eod.

Endlich ersehen wir noch aus den Worten des Edicts, welche sich auf die Missionen beziehn, einen Unterschied der ersten und zweiten Immission, missio ex primo nnd ex secundo decreto *). Wir wollen also zuvörderst in

§. 4.

die Wirkungen der missio ex primo decreto

betrachten. Gegen denjenigen nämlich, welcher für seine baufällige, gefährliche Sache die Kaution nicht leistete und diese in so fern vertrat (defendebat), bewies sich der Prätor milder, als gegen den Besitzer einer res noxalis, eines caput noxale, welcher für dasselbe die litis aestimatio nicht zahlen wollte. Denn dieser mußte alsbald seinem Besitze und seinem Rechte an der Sache entsagen [22], während jener noch in beidem, Besitz und Rechte, verblieb, und somit Zeit erhielt, die Kaution nachträglich noch zu leisten.

Der Immittirte bekam daher nicht wirklichen juristischen Besitz der Sache, in welchem der Beklagte verblieb, (L. 15. §. 20. D. h. t.) sondern nur blos die Detention derselben. Dies wird durch den Ausdruck „in possessione esse" im Gegensatz zum „possidere" in den Quellen bezeichnet [23]). L. 15. §. 20. L. 7.

21) *alioquin non habebit res exitum.*—

*) Eine *missio ex secundo decreto* kommt nur noch bei den *missiones rei servandae* und *legatorum servandorum causa* vor, begründet indessen dort ein Verkaufsrecht, hier die Einweisung in den Besitz des ganzen Vermögens.

22) *l. 26. fin. D. de noxalib. action.* 9, 4.

23) Vergl. *Mühlenbruch, doctr. pand. p. II.* §. 235. *Not.* 2—3. Savigny, Besitz. §. 7. u. 10. Siehe auch *l.* 3. §. 23. *D. de a. v. adq. pos.* 41, 2.

pr. med. D. h. t. Er erhielt aber das Recht, die Sache zu vertheidigen, und durfte für deren Verwaltung sorgen. L. 8. L. 12. D. quibus ex causis in poss. eatur, 42, 4. L. 3. §. 23. D. de amitt. vel acquir. poss. 41, 2. Als bloser Verwalter einer fremden Sache hatte er aber an den Nutzungen und Früchten der Sache kein Recht, mußte vielmehr darüber Rechnung ablegen. L. 9. pr. D. de rebus auctor. judic. possid. 42. 5. Auf Ablegung der Rechnung, auf Herausgabe der Früchte, auf Entschädigung wegen der durch dolus oder *lata* culpa[24]) veranlaßten Verschlechterungen hatte der Gegner sogar eine besondere Klage. L. 9. pr. und §. 7. L. 11. D. eod. Hingegen kann auch der Immittirte den auf die Sache gemachten Aufwand ersetzt verlangen, L. 15. §. 31. D. de damno infecto, und hat gegen Jeden, der ihn hindert, Besitz von der Sache zu ergreifen, oder ihn in seinem schon erlangten Besitze stört, ein besonderes Interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est. D. 43, 4. L. 4. pr. D. eod.

Mit Gewalt hingegen und mit Hülfe der Obrigkeit wird er im Falle der verweigerten cautio damni infecti nicht eingeführt[25]), weil dagegen L. 4. §. 2. D. h. t. sich ausdrücklich erklärt, und gegen dergleichen Widerspenstige bei der cautio damni infecti eine in factum actio gegeben ist. L. 3. pr. D. eod. Ueberdies erhält der missus ex primo decreto noch zu seiner größern Sicherheit ein prätorisches Pfandrecht[26]). L. 26. pr. D. de pignoratit. 13, 7.

Der Zweck dieser Immission bestand darin, daß der Eigenthümer der schadhaften Sache den Mitbesitz des Immittirten, und dessen Einmischung in die Verwaltung der Sache überdrüssig be-

---

24) Dadurch erklärt sich *l.* 15. §. 30. *D. de dam. inf.* 39, 2.

25) Irriger Weise behauptet dies Schmidt, in seinen „Klagen und Einreden," §. 1236. *not. u,* gestützt auf *l.* 3. *pr. D. ne vis fiat,* 43, 4.

26) *Mühlenbruch*, *l. c.* §. 157. *Not.* 2.

kommen, und endlich die Kaution zu leisten williger werden sollte[27]). L. 5. pr. D. ut in possess. legator. 36, 4.

Da aber diese Immissionen die Stelle der noxae deditio bei Noxalklagen vertraten, so konnte sich natürlich der Besitzer einer solchen Gefahr drohenden Sache von der Kautionsleistung dadurch befreien, daß er freiwillig sein Recht an der Sache aufgab. L. 16. D. de damno infecto[28]).

Wurde nun der Zweck der ersten Immission dadurch erreicht, daß der Gegner die Kaution leistete und dem Immittirten den auf die Sache gemachten Aufwand ersetzte, so mußte dieser natürlich aus dem Besitz der Sache wieder weichen. L. 15. §. 31. D. eod.; oder vereitelte der Immittirte selbst jenen Zweck dadurch, daß er aus eitler, vergeblicher Furcht und aus Scheu vor dem auf die Sache zu machenden Aufwand oder aus Bequemlichkeitsliebe den Besitz der Sache aufgab, oder nicht ergriff und erlangte, bevor der Schaden eintrat, so wurde auch dadurch der Gegner von der Last der Immission befreit. L. 15. §. 35. D. eod. Der Immittirte aber, welcher nicht durch eigne Schuld das Rechtsmittel der Immission verlor, aber auch durch fortgesetzte Detention der Sache den Gegner nicht zur Kautionsleistung bewegen konnte, wurde sodann ex secundo decreto in den Besitz der Sache eingewiesen.

§. 5.

Wirkungen der missio ex secundo decreto.

Daß diese zweite Immission erst dann verhängt wurde, wenn entweder der abwesende Gegner nicht erschien, um die baufälligen Gebäude u. s. w. gerichtlich zu vertreten, oder der anwesende bei

---

27) *Donellus, comment. XV.* 47. §. 13. *Voëtius, comm. ad h. t.* §. 11.

28) *Mühlenbruch, eod.* §. 459. *not.* 6. Derselben Meinung ist Wening-Ingeheim Lehrbuch des Civilrechts, B. 3. §. 222.
Aber *l.* 9. *D. h. t.* sagt ebenfalls: —„*integra autem re (i. e. damno nondum facto) unusquisque cogitur, aut de damno infecto cavere, aut aedibus carere, quas non defendit.*"

der Verweigerung der Kaution beharrte, geht deutlich aus L. 15 §. 21. D. de damno infecto hervor.

„Non autem statim ubi misit Praetor in possessionem, etiam possidere jubet, sed tunc demum, quum *justa causa* videbitur. Ergo intervallum aliquod debebit intercedere, quo aut pro *derelicto* aedes longo silentio dominus videatur *habuisse*, aut misso in possessionem et aliquamdiu immorato *nemo caveat* [29])“.

In Folge dieser Immission erlangt der Immittirte wirklichen juristischen Besitz der Sache (*possidere* jubebo, L. 7. pr. D. h. t. —), und der Gegner muß diesen aufgeben, (dominus dejiciendus erit possessione) L. 15. §. 23. D. eod. [30])

In welches weitere Rechtsverhältniß zur Sache [31]) aber der ex secundo decreto Immittirte kömmt, ist unter den Juristen sehr streitig. Einige entscheiden sich für blosen Usucapionsbesitz, Andere behaupten ein dominium bonitarium. Manche reden sogar von einem dominium possessionis, Viele hingegen vertheidigen eine Mittelmeinung, daß der Immittirte bisweilen wirkliches Eigenthum, bisweilen blos Usucapionsbesitz erhalte [32]). Diese Verschiedenheit der Meinungen wurde aber durch einige Stellen veranlaßt, welche den Immittirten Eigenthümer nennen und dennoch bestimmen, daß er durch fortgesetzten Besitz erst das Eigen-

---

29) Deßwegen pflegte auch hier eine summarische Untersuchung der der Sache voraus zu gehen. *l.* 4. §. 4. *D. h. t.* („*quod causa cognita fieri solet*“—).

30) *Mühlenbruch doctr. Pand.* §. 157. Savigny Besitz. *p.* 282., ebend. *not.* 3. (5. Ausgb.) Gesterding Pfandr. *p.* 119. 120. Zimmern, Rechtsges. §. 86.

31) Dies ist bei der *cautio damni infecti* ein ganz eigenthümliches, indem bei den *missiones rei servandae* und *legatorum servandorum causa* das zweite Dekret bald ein Verkaufsrecht giebt, bald die *missio in rem* zur *missio in bona* erweitert.

32) Vergl. *Hellfeld, juris prud. for.* §. 1680. *Westphal de libert. et serv. praed.* §. 290. *seq. Lauterbach. in coll. theor. pract. ad pand. h. t.* §. 21. *Günther, princ. jur. rom.* §. 1122. *VI.*

thum erhalte. Zu jenen Stellen gehört unter andern L. 15. §. 16. D. h. t.:

„Julianus scribit: eum, qui in possessionem damni infecti nomine mittitur, *non prius incipere per longum tempus dominium capere*, quam secundo decreto *dominus* a Praetore constituatur.“

Uebergehn wir billig die Glossatoren [33]), und beginnen zuerst, Voet ad h. t. §. XII. zu wiederlegen, welcher sich für den Usucapionsbesitz des missus ex secundo decreto erklärt, und hinzu fügt, daß diesem die Worte der obigen Stelle: „quam secundo decreto *dominus* constituatur“ deshalb nicht entgegenständen, weil der b. f. possessor allerdings auch ein dominium habe, freilich nur ein praetorium. Aber ich muß gestehen, so viel ich im corpus juris geblättert habe, bin ich noch nie so glücklich gewesen, nur eine Stelle zu finden, wo der b. f. possessor „dominus“ genannt werde [34]), und ich glaube schwerlich, daß ein Anderer [35]) glücklicher hierin sein wird.

Für die b. f. possessio und also Usucapionsbesitz entscheidet sich auch Zimmern, im Archiv für civilistische Praxis, 8. B. 158. pag., und zwar aus folgenden Gründen: „Wenn die missio ex secundo decreto an und für sich schon Eigenthum übertrage, wie kann noch eine Usucapion erst gefordert, ja nur gedacht werden? ferner sei, wenn die erste Immission nur die blose Detention der Sache gäbe, die zweite aber gleich Eigenthum begründete, gewiß der Sprung nicht zu verkennen, welchen der Prätor dadurch mache, daß er nicht erst juristischen Besitz zu er-

---

33) Von ihnen schwatzen auch Einige von einem *dominium possessionis*.

34) Allerdings wird er bisweilen *quasi dominus* genannt, aber mit dem Zusatze „*adversus ceteros*.“

35) Vergleiche *Mühlenbruch, doctr. pand.* §. 245. *not.* 9. *in f.*, wie unstatthaft es ist, die *b. f. possessio* mit dem Namen „*dominium praetorium*“ zu bezeichnen.

theilen geruht habe. Sodann sei ja nicht einmal mehr Recht nöthig, als das einer b. f. possessio, da der Besitzer in gutem Glauben gegen jeden Dritten gewißer Maaßen als Eigenthümer angesehen und beschützt werde. Und endlich müsse hieraus folgen, daß der wahre Eigenthümer der Sache, welcher unter gewissen Voraussetzungen sein Eigenthumsrecht an der Sache auch gegen den b. f. possessor verfolgen könne, den Immittirten, so lange er noch nicht usucapirt habe, durchweg aus dem Besitze der Sache vertreiben dürfe [36]), wenn er nämlich den Immitirten noch Kaution u. s. w. zu leisten erböthig sei [37]).“

Wäre indessen namentlich das Letztere der Fall, so weiß ich wahrhaftig nicht, wie Zimmern, der den Immittirten so leicht aus dem Besitze der Sache weggebracht haben will, folgende Stelle aus dem Corp. jur. wegzubringen gedenkt:

„Postea autem, quam quis possidere *jure dominii* a praetore jussus est, *nequaquam locus erit cautionis oblationi*, et ita Labeo. Ceterum nullus, inquit, finis rei invenitur.“

Diese Stelle ist so bestimmt, so einfach, so klar, daß sie schwerlich hinweg interpretirt werden kann.

Was aber den von Zimmern gerügten Sprung anlangt, so kenne ich ebenfalls keine Gesetzstelle, welche dem Prätor verbietet, bisweilen seine Sprünge zu machen [38]). Und auch der Einwand endlich, daß dem Eigenthümer keine Uusucapion nöthig

---

36) Voet *ad h. t.* §. 12. meint, daß der Eigenthümer den *ex secundo decreto* dann müsse vertreiben können, wenn er verspräche, seine Gebäude ausbessern zu lassen.

37) Mühlenbruch, (*doctrin. pand. p. II.* §. 459.) entscheidet sich auch für Usucapionbesitz, und erklärt das Wort „*dominus*“ also: *ut tanquam dominus re utatur fruatur*, — eine Erklärung, welche aber den Worten „*non prius dominium capere, quam. sec. decr. dominus constituatur*“ und namentlich der *l.* 1. *pr. D. de fundo dotali*, 23, 5. nicht zu entsprechen scheint.

38) Und in Wahrheit ist auch kein Sprung vorhanden, denn der blosen Detention mit einem prätorischer Pfandrechte folgt juristischer Be-

sei, fällt hinweg, sobald wir uns des bonitarischen Eigenthums erinnern. Dieses bonitarische Eigenthum schreibt schon Faber, conj. VII., 4. §. 4. XX., 11. §. 13. dem Immittirten zu, dasselbe vindizirt ihm auch Savigny Besitz. 4. Ausg. p. 152; für das bonitarische Eigenthum entscheide auch ich mich, wenn auch aus etwas andern Gründen, als die genannten Schriftsteller.

Zu der angegebenen Meinung bestimmt[39]) mich nämlich zuvörderst der Umstand, daß die Gesetze den ex secundo decreto Immittirten fast überall „dominus" nennen, und daß dieser Ausdruck nie von dem b. f. possessor, wohl aber von demjenigen gebraucht wird, cujus in bonis res est[40]). Außer der schon erwähnten l. 15. §. 16. D. de damno infecto sprechen von einem dominium des missus nach L. 15. §. 33. D. eod. (verb.: possidere *jure dominii* a Praetore jussus est—), und namentlich L. 1. pr. D. de fundo dotali, 23, 5.:

„Interdum lex Julia de fundo dotali cessat, si ob id, quod maritus damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis praedii, deinde jussus sit possidere. Hic enim *dominus fit*, quia haec *alienatio* non est voluntaria."

Der zweite Grund für meine Ansicht ist dieser, daß nämlich sich der Wiederspruch des *„jure dominii possidere"* und *„per longum tempus dominium capere"* gar leicht löst, wenn wir ein bonitarisches Eigenthum annehmen. Das volle römische Eigenthum nämlich, das Quiritarische, (ex jure Quiritium meum esse) konnte nur von römischen Bürgern (vermöge des commer-

---

sitz mit bonitarischem Eigenthum verknüpft. Detention und Besitz bezeichnen das factische, Pfandrecht und Eigenthum das rechtliche Verhältniß.

39) Uebrigens wird sie auch dadurch urterstützt, daß die *missio ex sec. decr.* nicht eher verfügt werden soll, bis *pro derelicto aedes longo silentio dominus videatur habuisse* — *l.* 15. §. 21. *D. h. t.*

40) Dies erhellt schon aus *Gaj. comment. I.* §. 54. *„Celerum cum apud cives Romanos duplex sit dominium."* —

cium), nur an gewissen Sachen und nur auf bestimmte formelle Weise erworben werden (civiles acquisitiones). Zu diesen civilen Erwerbungsarten gehörten bekanntlich mancipatio, in jure cessio, usucapio, adjudicatio, lex [41]). Fehlte es in einer oder der andern Rücksicht an den gehörigen Erfordernissen, so erwarb man kein römisches Eigenthum (keine vindicatio). Hingegen konnte man nach prätorischem Rechte ein prätorisches Eigenthum erwerben, (res in bonis alicujus est) von Theophilus schon dominium bonitarium genannt [42]). Dadurch bildete sich gegen das Ende der Republik wirklich ein doppeltes Eigenthum im römischen Rechte aus [43]), ein sogenanntes Quiritarisches und ein Bonitarisches, von denen jedes seine besonderen Wirkungen und Eigenthümlichkeiten hatte [44]). Nun gehörte aber die prätorische missio in rem ex secundo decreto nicht unter die genannten civilen Erwerbungsarten des Eigenthums, konnte mithin auch kein civiles oder Quiritarisches Eigenthum, sondern nur bonitarisches (res in bonis est) übertragen. Endlich berufe ich mich zur Begründung meiner Meinung wieder auf die Noxalklagen. In L. 26. §. 6. fin. D. de nox. act. 9, 4. nämlich sagt Paulus ausdrücklich:

„Sed et actori succurrendum est, quia placet, dominii

---

41) *Ulpiani frag.* 19. 2. *Gaji comment.* 2, 65.

42) In seiner Paraphrase zu den Institutionen.

43) *Gajus, comm. II.* §. 40. — „*Quo jure etiam populus Romanus olim utebatur; aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere. cfr.* §. 41. *eod.*

44) Alle Einzelnheiten des Quiritarischen und bonitarischen Eigenthums anzuführen, würde uns nur von unserem Gegenstande zu weit abführen. Man vergleiche über diese Eigenthumsarten: Unterholzner, über die verschiedenen Arten des Eigenthums, Rheinisch. Museum für Jurispr. B. 1. *pag.* 129. Zimmern, das bonitarische Eigenthum, B. 3. *pag.* 311. Ebend. Unterholzner, B. 5. *pag.* 1. Mayer, das *duplex dominium* der Römer, Zeitschrift für gesch. Rechtswissensch. B. 8. *pag.* 1.

accquisitione exstingui actionem; *jussu* enim *Praetoris ductus in bonis fit ejus, qui duxit.*"

Unser *„mittere in possessionem"* aber ist bekanntlich ganz analog dem *„ducere jubere"*, und man kann also wohl von diesem auf jenes einen giltigen Schluß machen.

Das bonitarische Eigenthum nun ging erst durch Usucapion in Quiritarisches über, (in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex jure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias [45]), und daher erklärte sich denn wohl, wie die römischen Juristen von „dominium" und zugleich von Usucapion sprechen konnten [46]).

Hatte nun der Eigenthümer selbst eines baufälligen Gebäudes u. d. g. die Kaution nicht geleistet und der Immittirte hatte durch die missio ex secundo decreto bonitarisches Eigenthum erhalten, so ging dem Quiritarischen Eigenthümer dadurch nicht von selbst die vindicatio verloren, aber er mußte es sich selbst zuschreiben, daß dem Immittirten dagegen eine exceptio peremtoria gegeben wurde. L. 52. D. de acquirend. rer. domin. 41, 1. [47]).

Wenn hingegen der b. f. possessor, der Superficiar, der Emphyteuta, Usufructuar und der Pfandgläubiger nicht caviren, und deshalb der Immittirte bonitarisches Eigenthum erhalten hat, sollte dann nicht wenigstens gegen ihn der quiritarische Eigenthümer seine vindicatio durchsetzen können, da die Handlungen oder Unterlassungen fremder Personen seinem Rechte doch nicht präjudiciren können? — Wir blicken auch hier wieder auf die Noxalklagen zurück, und L. 28. D. de nox. action. 9, 4. giebt uns folgenden Aufschluß:

---

45) *cfr. Gajus, comm. II.* §. 1.

46) Auch hier verweise ich auf das Noxalverfahren. *l.* 28. *D. de noxalib. action.* 9, 4. *„Et secundum haec usu quoque me capturum, quamvis sciens alienum possideam."*

47) Ueber die Wirksamkeit des *nudum jus Quiritium, Gaj. I,* 54. *II,* 88. *III,* 166. *Ulp. fragm.* 19, 20.

„Et generaliter, si alieni servi nomine, qui tibi justa servitute serviret, noxali tecum egerim, tuque eum mihi noxae dederis, sive me possidente dominus eum vindicet, exceptione doli mali, nisi litis aestimationem offerat, eum summovere possum, sive —“ [48]).

Also auch in diesem Falle wurde bei den Noxalklagen die vindicatio des quiritarischen Eigenthümers durch eine exceptio des bonitarischen vereitelt, jedoch nur dann, wenn er nicht die *litis aestimatio* dem letztern zahlen wollte. Demnach könnte es scheinen, als ob auch bei unsrer Immission die vindicatio des Quiritarischen Eigenthümers dann noch statt finde, sobald er sich zur Kaution, welche hier die Stelle der litis aestimatio vertritt, erbietet. Indessen sagt L. 15. §. 33. D. de damno inf. ausdrücklich: „Postea, quam quis possidere jure dominii a Praetore jussus est, nequaquam locus erit cautionis oblationi.“ Und diese Eigenthümlichkeit läßt sich gar wohl erklären, da theils die missio ex primo decreto vorangegangen ist, um dem Eigenthümer Gelegenheit und Zeit zur Kautionsleistung zu geben, theils aber der Eigenthümer eben so gut, wie jeder Andere, der ein dingliches Recht an seiner Sache hat, zur Kautionsleistung verbunden war. L. 9. §. 5. D. h. t. L. 10. eod. [49])

Da jedoch zur Erwerbung des Quiritarischen Eigenthums erst Usucapion erforderlich war, so versteht sich endlich von selbst,

---

48) Also ein Unterschied wird nicht dadurch begründet, ob ich die Kaution vom Eigenthümer oder einen andern an der Sache Berechtigten (*b. f. possessor*, Usufructuar) fordere, mithin ist auch die Mittelmeinung unrichtig, daß die *missio ex sec. decr.* Eigenthum gebe, wenn der vorige Besitzer Eigenthümer gewesen sei, hingegen blosen Usucapionsbesitz, wenn er nur ein anderes dingliches Recht an der Sache gehabt habe.

49) Also weder das Erbieten zur Kaution, noch das Versprechen der Reparatur der schadhaften Gebäude (*Voet. ad h. t.* §. 12.) kann dem Eigenthümer derselben den durch *missio ex sec. decr.* verlornen Besitz wieder verschaffen; sondern höchstens eine *in integrum restitutio* wegen entschuldbarer Abwesenheit oder wegen Minderjährigkeit. *l.* 15. §. 22. §. 33. *l.* 19. *pr. D. h. t.*

daß wenn die Immission in Grundstücke erfolgt, die nicht usucapirt werden können (praedia, quae usucapi non possunt), sie nie zu vollem Eigenthum führen, sondern blos das Recht an Grundstücken geben kann, was derjenige hatte, welcher die Kaution verweigert hat. Dadurch aber lassen sich zwei schwierige Stellen L. 15. §. 26 und 27. leicht erklären. §. 26. lautet nämlich:

„Si de vectigalibus aedibus non caveatur, mittendum in possessionem dicemus, nec jubendum *possidere* nec enim *dominium capere possidendo potest*, sed decernendum, ut *eodem jure* sit, quo foret is, qui non caverat: post quod decretum vectigali actione uti poterit.“

Die andere (§. 27.) fährt dann fort:

„Sed in vectigali praedio, si municipes non caverint, dicendum est, dominium per longum tempus acquiri.“

Diese Stellen sind meistens ganz falsch verstanden worden. Manche meinen, um die verschiedenen Bestimmungen der beiden Paragraphen zu erklären, es kommt darauf an, ob man die Erbpächter der Vectigalgrundstücke auf Kautionsleistung belangt, oder diese von den *municipes* selbst gefordert habe [50]). Andere geben darauf etwas, daß in der ersten Stelle von *aedes*, in der zweiten von *praedium* die Rede sei. Diese aber übersehn, daß auch praedium ein Gebäude bezeichnen kann (praedium urbanum) [51]), und jene vergessen, daß die Erbpächter und Municipien ganz wie der Usu-

---

Daß durch die *missio ex sec. decr.*, welche gegen den Eigenthümer ertheilt wird, umgekehrt alle an der Sache haftenden dinglichen Rechte verloren gehen, (indeß mit der Beschränkung in *l.* 15. §. 24. *D. h. t.*) versteht sich von selbst. *l.* 12. *l.* 15. §. 23, 24, 25. *D. de damno infecto.*

50) *Galvanus de usufructu, cap.* 25. X. „*refert, utrum ad cavendum conductores aedium vectigalium tantummodo sint interpellati, an ipsi municipes.*“

51) Freilich *H. Donell. comment. jur. civ. Lib. IX.* 13. §. 11. läugnet, daß *aedes* Gegenstand eines emphyteutischen Rechts sein können. Vergl. aber *Nov.* 7, *cap.* 3. §. 2. u. *Nov.* 120. *cap.* 1. §. 2.

fructuar und Proprietar, also nach L. 10. D. de damno infecto zu behandeln sind [52]).

Verstehn wir aber die letzte Stelle (§. 27.) von Vectigaläckern, welche Municipien verpachtet haben, die erste aber von Vectigalgrundstücken, deren Proprietät dem römischen Volke oder (in spätern Zeiten [53]) dem *fiscus* gehört, so werden alle Schwierigkeiten schwinden. Denn daß Sachen, welche dem Fiscus eigenthümlich gehören, nicht usucapirt werden können, bezeugt §. 9. Inst. de usucap. 2, 6.

„Res fisci nostri usucapi non potest,“

und Paulus konnte deßhalb in L. 12. §. 2. D. de Publiciana. 6. 2. von Vectigal- und andern Grundstücken sprechen, *„quae usucapi non possunt.“* Von dem Fiscus nun konnte, wie überhaupt keine Kaution [54]), so auch die cautio damni infecti wegen dessen Vectigaläcker nicht gefordert werden. Wurde sie hingegen von dem Erbpachter verlangt, von diesem aber nicht geleistet, so konnte der ex secundo decreto Immittirte wohl dessen Recht an der Sache, nicht aber durch Usucapion, die bei den Vectigaläckern des Fiscus unmöglich war, volles Eigenthum erhalten.

Daß in der ersten Stelle jedoch Vectigaläcker oder Gebäude des Fiscus anzunehmen sind, wird sich noch mehr bestätigen, wenn wir einen Blick auf die Geschichte [55]) dieser Vectigaläcker werfen. Die Proprietät an ihnen haben in der früheren Zeit der Kaiser nur zweierlei Personen. Zuerst nämlich hatte das Römische Volk [56]), als sich seine Besitzungen erweiterten und von ihm selbst

52) So heißt es auch in *l.* 9. §. 5. *D. h. t.*: *„Si aedium tuarum ususfructus Titiae sit, damni infecti aut dominum repromittere, aut Titiam satisdare debet.“* Siehe auch Kap. 9. §. 1. oben.

53) Im Anfange der Kaiserherrschaft, 729. *post urb. cond.*

54) *Fiscus semper est solvendo. l.* 2. §. 1. *D. de fundo dotali*, 23, 5. *l.* 3. §. 5. *D. Si cui plusquam per leg. Falcid.* 35, 3. *Mühlenbruch, doctr. pand. p. I.* §. 127.

55) Savigny, Besitz. §. 9. *p.* 100. Archiv für civ. Prax. *VI. p.* 388.

56) *Mühlenbruch, doctr. pand. p. II.* §. 298.

kaum hinreichend übersehen und bewirthschaftet werden konnten, den italischen und Provinzialboden [57]), soweit es dessen Eigenthümer war, in Vectigalgrundstücke verwandelt. Seinem Beispiele folgten bald auch die Municipien und gaben das ihnen gehörige Land in Erbpacht. So kam es denn, daß namentlich zur Zeit der vorzüglichern Römischen Juristen zweierlei Eigenthümer von Vectigalgrundstücken gefunden wurden, nämlich entweder der Fiscus, der unter den Kaiser an die Stelle des aerarium populi romani trat, oder die Municipien [58]). Wenn also in der einen Stelle (L. 25. §. 27. D. h. t.) von den Vectigaläckern der Municipien die Rede ist, so scheint es wohl sehr natürlich, daß man bei der andern (L. 15. §. 26. eod.) an den Fiscus denkt.

Nehmen wir aber an, daß die missio ex secundo decreto in der Regel [59]) bonitarisches Eigenthum übertrug, welches erst durch Usucapion zum quiritarischen wurde, so mußte nachdem Justinian bekanntlich das doppelte Eigenthum vereinfacht, und alles bonitarische zum vollen civilen Eigenthum erhoben hatte, die Usucapion als überflüssig hinweg fallen. Die davon sprechenden Stellen des corpus juris haben also nur noch eine historische Bedeutung [60]).

§. 6.

So hätten wir denn das Bild der Immissionen, wie solche sich im Römischen Rechte vorfinden, in seinen Grundzügen vollendet, ohne eben mehr aufgenommen zu haben, als in einer Abhandlung über die cautio damni infecti nöthig schien. Es blieb

---

57) *cfr. Gajus, comm. II. §. 7.*

58) Später kamen noch die Kirchen, dann auch Privatpersonen hinzu. *Mühlenbruch, doctrin. pand. II. §. 298.*

59) Die Ausnahme haben wir eben kennen gelernt.

60) Die *l. unic. Cod. de usucapion. transfor.* 7, 31. muß als neueres Gesetz natürlich den Vorzug haben.

uns also allein noch übrig, über die spätere Gestaltung derselben und ihre heutige Anwendung Einiges zu sagen.

In dieser Hinsicht ist bekannt, daß schon das Canonische Recht die Immissionen einigen Veränderungen unterwarf und namentlich bestimmte, daß nach Verlauf eines Jahres vom ersten Dekret an gerechnet, die immissio ex secundo decreto ertheilt werden sollte, während im Römischen Rechte dies dem richterlichen Ermessen überlassen blieb. cap. ult. §. ult. X. ut lite non contestata, 2, 6 [61]). Weitläufiger jedoch die Modificationen, welche die Immisssonen unter dem Einfluß des Canonischen Rechtes erlitten, hier zu entwickeln, würde schwerlich an seinem Orte sein [62]).

Wir gehn deßhalb zu den deutschen Rechten über, und sehn uns um, ob und wie wir in diesen die Immissionen vorfinden. Daß sie aus den fremden Rechten in die deutschen Particularrechte übergegangen und in Deutschland im Gebrauch gewesen sind, dafür bürgen uns schon die Formeln [63]) und besonderen deutschen Namen, welche wir für sie finden. So wird die missio ex primo decreto Anleitung, Ansatz [64]), Einsatz aus dem ersten Erkenntniß oder erste Einsetzung genannt, die missio ex secundo decreto unter den Benennungen Vollung [65]), Einsetzung aus dem zweiten Erkenntniß aufgeführt [66]). Die Art und Weise der Immissionen, ihre Form war nach verschiedenen Particularrechten auch sehr verschieden [67]); nicht weniger

---

61) *Berger*, *oeconom. jur. Lib. VI.* Tit. XXXIX. §. 2. *Not.* 4.

62) Ausführliches in *I. H. Böhmer*, *jus eccless. Protest. Lib. II.* Tit. 15. §. 9—19.

63) *Hahn* u. *Wesenbeck ad* Tit. *D.* 39. 2. *Schilter, praxis jur. Rom. Lib.* 46. §. 14.

64) Im Oestreichischen. Ober-Oestreich. Landtafel. *part.* 2. Tit. 51.

65) *Wernher*, *pract. observ. pag.* 20.

66) Vergleiche Hellfelds *Repertorium reale practicum juris privati imperii Romano-germanici,* unter den erwähnten Titeln.

67) Rothweilische Hofgerichtsordnung, *part.* 10. Tit. 1. Neue Schwäbische Land-Gerichts-Ordnung *part. II.* Tit. 12.

machten diese auch bisweilen einen Unterschied hinsichtlich der Formen und der Wirkungen, ob Immissionen in Folge einer persönlichen oder dinglichen Klage erfolgt waren [68]). Auch hierüber bedarf es hier keiner ausführlichen Erörterungen, weil diese eines Theils mehr prozessualischer Natur, andern Theils aber ohne sonderlichen practischen Werth sein würden, da die Immissionen meist nicht mehr im Gebrauche sind.

Aufgehoben wurden sie förmlich beim Reichskammergerichte durch den jüngsten Reichsabschied von 1654. §. 36. (in den Worten: „jedoch mit hinfüriger Aufhebung der bisherigen gebräuchlichen zween Wegen, entweder uff die Pöen der Acht oder immission ex primo vel secundo decreto zu procediren"), wobei zugleich auf das in der Kammergerichtsordnung angeordnete Verfahren, Theil 3. Tit. 43. §. 4 u. 5. verwiesen wurde.

In Folge dieses Verbotes wurden die Immissionen sodann abgeschafft durch die Kalenbergsche Kanzleiordnung vom Jahre 1663. Tit. 27. §. 2., und durch das Churfürstlich Brandenburg'sche revidirte Landrecht, P. I. Tit. 47. art. 3. §. 10.

Bei uns endlich, in Sachsen,. sind die Immissionen nach dem Zeugnisse der ältern Juristen [69]) nie gebräuchlich gewesen [70]); man hat sich statt deren der Strafgebote, Strafauflagen, bedient [71]), und bei der cautio damni infecti namentlich die Kaution zur Strafe Ungehorsams für geleistet angenommen, und wenn dann noch der Beklagte zu zahlen sich weigerte, auf die gewöhnliche Weise Execution verhängt [72]). —

---

68) Würtembergsches Landrecht, *L. I.* 13.

69) *Berger, oecon. juris. Lib. III.* Tit. 14. §. *III. Not.* 9. *Schilter, praxis jur. Rom. in for. Germ. Lib.* 46. §. 13—14.

70) Sächs. Landrecht. *Lib. I. art.* 70. §. 1. vergl. mit *Lib. II. art.* 24.

71) *Berger. loc. cit. Curtius*, Handbuch des sächs. Rechts. §. 1214.

72) Schmidt, Klagen und Einreden. §. 1235. *Böhmer, de actionib. sect. II. cap.* 11. §. 10. *not. r. Stryk. ussus modern.* 39. Tit. 2. §. 6.

Dieses Wenige über den heutigen Gebrauch der Immissionen mag hinreichen, uns zu überzeugen, daß die Lehre von diesem prätorischen Rechtsmittel mehr interessant für den Theoretiker, als wichtig für den Practiker ist, und wir wenden uns daher noch zu andern Rechtsmitteln, welche das Römische Recht in Folge verweigerter Kaution dem Imploranten gewährt.

Zwölftes Kapitel.

Rechtsmittel bei nicht geleisteter Kaution in Bezug auf die deshalb stattfindenden missiones [1]).

Zu den gewöhnlichen Rechtsmitteln, welche der Prätor demjenigen gestattete, welcher zur Sicherung seiner Ansprüche von ihm in den Besitz einer Sache immittirt, aber von deren Eigenthümer nicht zugelassen oder in dem Besitze derselben gestört oder endlich gar daraus vertrieben worden war, gehört zuvörderst das schon oben erwähnte besondere

1) *interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est* [2]).

Da nämlich der missus ex primo decreto nicht juristischer Besitzer, sondern bloser detentor rei ist [3]), mithin des Schutzes der possessorischen Interdicte nicht theilhaftig werden kann; so hat er zum Schutze seiner Detention ein besonderes Interdict erhalten, welches nicht nur gegen Störung schützen, sondern auch dazu die-

---

1) *Böhmer*, *de actionibus sect.* 2. *cap. XI.* §. 10. Schmidt, Klagen und Einreden. §. 1237—1241. *Donell. comm. XV.* 47. §. 19. *Westphal l. c.* §. 247.

2) *Tit. D.* 43, 4. Wening-Ingenheim. 2. Th. §. 325. (§. 300.)

3) Siehe Kap. 11. §. 3. dieser Abhandl., und Wening-Ingenheim, a. a. O.

nen kann, ihm die verloren gegangene Detention wieder zu verschaffen [4]).

2) Außerdem steht dem Immittirten noch ein *utile interdictum unde vi* und die *Publiciana* in rem actio zu, sobald er nämlich zu wirklichem juristischen Besitze gelangt, also eine missio ex secundo decreto erfolgt ist. Dieß geht klar aus L. 18. §. 15. D de damno infecto hervor:

„Non solum autem eum punit Praetor, qui in possessione esse, sed etiam eum, qui possidere passus non fuerit, quum alioquin, si is, qui jussu Praetoris coeperat possidere et possidendo dominium capere, aut non admissus, aut ejectus inde fuerit, *utile interdictum unde vi* vel *Publicianam actionem* habere possit. Sed si in *factum actione* egerit, his actionibus experiri non potest, quum Praetor id agat, ne damnum faciat actor, non ut in lucro versetur.“

3) Eine eigenthümliche Gestalt nimmt endlich die *in factum actio* bei der missio ob cautionem damni infecti an; sie concurrirt electif mit den vorher aufgezählten Rechtsmitteln, so daß ihr Gebrauch die Anwendung der übrigen ausschließt, wie wir aus den Schlußworten der letzten Stelle sahen. Von dieser Klage sprechen noch L. 1. pr. §. 4. 6. L. 4. §. 1—4 D. ne vis fiat, 43, 4 und L. 15. §. 36. L. 17. D. h. t. (39, 2.) und L. 7. pr. eod., welche uns die Worte des Edicts also angibt:

„In eum, qui neque caverit, neque in possessione esse, neque possidere passus erit, judicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum opporteret, si de ea re ex decreto meo, ejusve cujus de ea re jurisdictio fuit, quae mea est, cautum fuisset.“

Der Grund dieser Klage beruht darin, daß derjenige, welcher ungeachtet des Befehls vom Prätor u. s. w. keine Kaution erhalten

---

4) *l.* 3. §. 2. *D. ne vis fiat.* 43, 4. Wening-Ingenheim, ebendas.

hat und sodann in die baufällige Schaden drohende Sache immittirt wurde, vom Eigenthümer oder einem Dritten [5]) gestört, in den Besitz gar nicht zugelassen oder aus demselben wieder vertrieben worden ist. Nur muß dies dolose und nicht aus Irrthum oder einer andern entschuldbaren Ursache geschehen sein [6]). Ausgedehnt wurde ihr Gebrauch (durch die auctoritas juris consultorum sowohl, als durch Praxis) später auf andere Fälle, z. B. wenn der missus in possessionem auf irgend eine andere Weise und ohne seine Schuld gehindert wurde, Besitz an der drohenden Sache zu ergreifen [7]), oder wenn Jemand zwar die cautio de damno infecto gerichtlich gefordert, aber solche von dem ungehorsamen Gegner nicht erlangt hat, und bevor er noch Zeit und Gelegenheit hatte, die Obrigkeit (den Prätor oder Präses der Provinz) um die missio in rem zu bitten, der Schade bereits eingetreten ist [8]).

Mit dieser in factum actio verfolgt man aber allen Schaden, welchen die actio ex stipulatu umfaßt haben würde, wenn der Gegner wirklich die cautio damni infecti geleistet hätte,

> „judicium dabo, — sagt der Prätor, — ut tantum praestet, quantum praestare eum opporteret, si de ea re cautum fuisset“ — [9])

Sie umfaßt also das volle Interesse des Klägers, id quod interest, einen uns zugefügten positiven Schaden sowohl, als den uns entzognen wahrscheinlichen und gerechten Gewinn [10]), welches

---

5) *l.* 1. §. 2. *D. ne vis fiat.* 43. 4. *l.* 17. §. 1. §. 2. *D. h. t.* 39, 2.

6) *l.* 1. §. 4. 6. *D. ne vis fiat.* 43, 4. — *l.* 1. §. 2. *eod.* ist nicht entgegen, sondern in dem in vorhergehender Note angegebnen Sinne aufzufassen. Wening-Ingenheim, Lehrb. des Civil-Rechts. §. 325. *not. y.*

7) *l.* 4. §. 4. *D. ne vis fiat.* 43, 3. *cfr. l.* 15. §. 35. *D. h. t.* 39, 2.

8) *l.* 4. §. 3. *D. ne vis fiat.* 43, 3. Die Dereliction der *res vitiosa* schützt in den letzten Fällen nicht gegen die *actio in factum. l.* 16. *D. h. t.*

9) *l.* 7. *pr. l.* 15. §. 36. *D. h. t. l.* 4. §. 2. *D. ne vis fiat.* 43, 4.

10) Vergl. Kap. 10. §. 2. d. Abh. die Glosse unterscheidet grundlos ein *lucrum magnum* und *modicum.* Wening-Ingenheim, a. a. O. §. 325.

Interesse aber erst dann geschätzt werden kann, wenn das schädliche Ereigniß, um dessentwillen wir die Kaution gefordert haben eingetreten ist[11]).

Auf das volle Interesse geht sie auch hier gegen die Erben dessen, qui prohibuit [12]), und wird auch von den Erben desjenigen, qui prohibitus est angestellt. L. 17. §. 3. D. h. t.

> „Actio ista, quae in factum est, perpetuo dabitur, et heredi et in heredem ceterasque itemque ceteris personis."

Bei den letzten Worten werden wir aber nicht im Entferntesten an die Singularsuccessoren des einen oder des andern Theiles denken, wie so viele Schriftsteller bei den „ceteras itemque ceteris personis" zu thun kein Bedenken getragen haben [13]); sondern wir erinnern uns daran, daß die Römischen Juristen nicht nur „heredes ceteraeque personae", sondern auch die Ausdrücke „heredes similesque personae" und „heredes ceterique, ad quos ea res pertinet" u. dgl. gebrauchen, um damit den Unterschied zwischen Civilerben (heredes im eigentlichen Sinne) und solchen Personen, welche nur ein prätorisches Erbrecht (bonorum possessio) haben, zu bezeichnen und hervorzuheben [14]). Diese Behauptung bestätigt unter Andern L. 70. §. 1. D. de verb. signif. 50. 16.:

> „verba haec: *is ad quem ea res pertinet*, sic intelliguntur, ut qui in universum dominium vel jure *civili*, vel jure *praetorio* succedit, contineatur."

Diese in factum actio nun ist in der lex de Gallia cisalpina vom Jahr der Stadt 711 oder nach Andern 720 [15]) ganz allein

---

11) *l.* 15. §. 36. *D. h. t.* 39. 2.: „*extenditur enim actio in id tempus, quo damnum comittitur.*"

12) Wening-Ingenheim, a. a. O. §. 325. am Ende.

13) Schmidt, Klagen u. Einreden. §. 1238 u. 1239 u. And. Auch die Glosse hält die „*ceteras personas*" für *successores in rem.*

14) *l.* 1. §. 8. *D. ne vis fiat.* 43, 4.

15) Mackeldey, Lehrbuch des heut. Röm. Rechts. §. 19. *d.* Jannasch, Uebersicht der Röm. Rechtsges. *pag.* 6.

an Stelle der Missionen erwähnt und von diesen in der ganzen lex mit keinem Worte die Rede. Dies hat zu mancherlei Vermuthungen Anlaß gegeben, und Zimmern z. B. (Rechtsgeschichte B. 3. §. 85.) äußert, die missiones in rem müßten eine spätere Erfindung der Prätoren sein, weil sie in der genannten Cisalpiner Prozeßordnung nicht genannt würden. — Also nichts als blose Vermuthung!

Es lassen sich aber doch wohl bessere Gründe angeben, warum die Missionen in der gedachten lex nicht erwähnt werden und dafür die actio in factum genannt wird. Einmal nämlich wissen wir, daß die actio in factum dann gebraucht wurde, wenn nach geforderter, vom Gegner aber verweigerter Kaution, Kläger noch nicht Zeit und Gelegenheit gehabt hatte, den Prätor oder Präses provinciae um missio in rem zu bitten [16]. Dies mußte in den entlegnen Provinzen häufig der Fall sein, und deßhalb schon ist es wahrscheinlich, daß man der missiones daselbst sich wenig oder gar nicht, und lieber der in factum actio bediente. Ueberdies kommt noch hinzu, daß die lex [17]) de Gallia cisalpina eine Prozeßordnung war und mehr Instructionen für die Municipalbeamten, als die in der Provinz angestellten Römischen Magistrate enthalten sollte. Nun ist bekannt, daß das „cautionem jubere" und „in possessionem mittere" nicht Sache der Municipalbeamten war, sondern ihnen höchstens delegirt wurde [18]), daß aber namentlich die missio ex secundo decreto ihnen nicht übertragen, sondern stets nur vom Präses oder Prätor selbst verhängt werden sollte [19]); und es wird uns nun nicht schwer, den

16) Siehe *not.* 8. oben.

17) Vergl. Hugo, civilist. Magazin. B. 2. *pag.* 441. Vergleiche noch *Dirksen* über die *in factum actio*, in dessen Ausgabe dieser *lex* — auch *lex Rubria* genannt — um deren Herausgabe auch noch *Marini* sich verdient gemacht hat.

18) *l.* 1. *D. de damno infecto*, 39, 2.

19) *l.* 4. §. 3. *D. eod.*: „*Duas ergo res magistratibus municipalibus Praetor vel Praeses injunxit, cautionem et possessionem; cetera suae ju-*

Grund einzusehen, warum in der gedachten lex de Gallia cisalpina kein Wort von Immissionen vorkommt. Diese lex erwähnt ausdrücklich der magistratus, promagistratus, Duumviros, Quatuorviros, und von diesen sagt L. 4. §. 4. D. h. t. (39. 2.).

„Si forte duretur, non caveri, ut possidere liceat, quod causa cognita fieri solet, non *Duumviros*, sed Praetorem vel Praesidem permissuros.—"

Also der Immission wird dort keine Erwähnnng gethan, weil die lex an Beamte gerichtet war, die sie nicht verfügen konnten. Daß jedoch das Rechtsmittel der missiones in rem in der Provinz gar nicht Statt gefunden hätte, ist damit nicht gesagt, aber deßhalb nicht wahrscheinlich, weil dasselbe für die entlegneren Provinzen unbequem und die in factum actio gerade für den Fall bestimmt war, wo Jemand durch die Unbequemlichkeit desselben gehindert worden war, bei der competenten Behörde darum nachzusuchen.

So wäre denn der Verfasser, nachdem wir zuletzt gesehen haben, durch welche Mittel und Wege der Prätor die causa damni infecti sicher zu Ende zu führen wußte, ebenfalls mit der Abhandlung über die cautio damni infecti zu Ende gekommen; zwar nicht so sicher eines glücklichen Erfolgs hinsichtlich seiner Thätigkeit, wie einst der Prätor, aber getröstet durch den Gedanken, eine wenig beachtete, fast vergessene, und doch nicht unwichtige und uninteressante Materie wieder in Anregung gebracht zu haben.

Sicher aber ist es eben so belehrend, als unterhaltend, zu sehn, wie sich Rechtsfragen in der Wirklichkeit gestalten, und ich

---

risdictioni reservavit." Siehe über die letzte Worte noch *Donell. comm. XV.* 47. §. *ult.*

habe deshalb gern dem aus manchen Gründen billigen Wunsche des Herrn Verlegers nachgegeben, und am Schlusse dieser Schrift noch als Anhang einen ältern, aus *Schilteri* praxis juris Romani in foro Germanico entlehnten, und zwei neuere, die cautio damni infecti betreffenden Rechtsfälle hinzugefügt, wobei ich die darinnen ergangenen Erkenntnisse und deren Entscheidungsgründe ziemlich vollständig wiedergegeben, solche auch mit fortlaufenden Noten, welche meist Beziehungen auf die vorliegende Abhandlung enthalten, versehen habe.

Meinen hochverehrten jenaischen Lehrern und Gönnern aber, durch deren gütige Vermittelung mir der zweite Rechtsfall zu Theil wurde, sage ich nochmals meinen herzlichsten Dank!

Anhang.

Dreizehntes Kapitel.

Die cautio damni infecti in ihrer heutigen Gestalt — Rechtsfälle und Erkenntnisse a. der Leipziger — b. der Hallischen, — c. der Jenaischen, — d. der Göttinger Juristenfacultät.

I.

Bevor wir aber dazu übergehn, die Rechtsfälle an und auszuführen, wird es nicht unpassend, noch überflüssig sein, die Hauptsumme der in dieser Abhandlung entwickelten Ansichten in einer kurzen Uebersicht zusammen zu fassen, oder die cautio damni infecti, wie sie heutiges Tags anwendbar ist und angewendet wird, in ihren nackten Grundzügen, und namentlich mit Beziehung auf Curtius, Handbuch des im Königreiche Sachsen geltenden Civilrechts, 2. Ausgabe, §. 1214—15 darzustellen.

Wenn es auch heut zu Tage häufig nur einer Imploration bei der Obrigkeit bedarf zur Sicherung unseres Eigenthums gegen Beschädigung durch baufällige Nachbargebäude, und wenn auch die Obrigkeit sofort Abstellung der Beschwerde anbefiehlt und durch Strafauflagen bewerkstelliget; so macht schon der Umstand, daß baufällige Gebäude nicht die einzigen Gegenstände der römischen cautio damni infecti waren, ferner daß der Causalnexus zwischen dem Schaden und der vermeintlich schädlichen Sache sehr schwer bisweilen zu ermitteln ist, die Beibehaltung eines summarischen

Verfahrens, so wie einer förmlichen repromissio auch auf bestimmte Zeit nöthig [1]). Siehe dagg. Curtius, 3. Thl. pag. 228 u. 231. — Unzweifelhaft aber ist es, daß es stets einer Anzeige oder Imploration vor eingetretener Beschädigung bei der Obrigkeit bedarf, um zu Schadensersatz zu gelangen, trotz dem daß die Obrigkeit ex officio die von baufäll'gen Gebäuden zu besorgende Gefahr abzustellen hat, z. B. nach d. Erl. Proz. Ord. Tit. 1. §. 6. Nur ausnahmsweise wird ohne vorhergegangene Imploration dem Beschädigten Ersatz zu Theil werden, wenn a) der Nachbar etwas durch Statuten, Polizei- oder Bauordnungen Verbotens unternommen hat [2]). Landrecht B. II. Art. 51. b) oder absichtlich etwas begonnen hat, um den Andern zu schaden; c) wenn der Beschädigte durch Abwesenheit u. dgl. verhindert wurde, Anzeige zu machen [3]), oder endlich d) wenn die Obrigkeit seine Imploration nicht angenommen oder nicht gehörig fortgestellt hat. Curtius §. 1215. Bei einer solchen Imploration sind jedoch, namentlich wo blos dem Eigenthume Gefahr droht, die Grundsätze des Römischen Rechts über die cautio damni infecti anzuwenden, und müssen angewendet werden, da sie durch neuere Verordnungen und Gesetze nicht aufgehoben, vielmehr in der Praxis offenbar anerkannt und befolgt worden sind, und endlich dazu dienen, der richterlichen Willkühr sowohl, als der Beschränkung der Eigenthumsbefugnisse gehöriges Maaß und Ziel zu setzen. Nach diesen Grundsätzen müssen also:

1) Res vicinae oder praedia vicina [4]) vorhanden, daß eine das bedrohte, das andere das bedrohende, baufällige Grundstück sein.

---

1) Es sollte bei den Römern Niemand in der Befugniß, nach Belieben über das Seinige zu disponiren, so lange dies nicht öffentliche Gefahr erzeugte, direct und gerade zu beschränkt werden, sondern nur gehalten sein, den durch seine Willkühr veranlaßten, hinsichlich der Nachbarn unbilligen Schaden zu ersetzen.

2) Vergl. *pag.* 36 oben.

3) Vergl. *pag.* 48. oben.

4) Vergl. Kap. 7. §. 4. *pag.* 62.

Curtius. §. 1215. Not. e. Nro. 1. 6. Die dort citirten Stellen sagen aber etwas anderes, ebenso die sub 1. d. Die Gefahr aber wird nicht allein durch baufällige Gebäude begründet, sondern auch das durch andere Grundstücke, ager, prata etc. (loci vitium), und durch Bauten und andere mit Grund und Boden in Verbindung stehende Arbeiten[5]) hervorgerufene periculum ist hinreichender Grund zu einer Imploration. — Zu beschränken ist daher, was Curtius §. 1215 not. e. sub 1. a. sagt.

2) Die Imploration muß erhoben werden, bevor der Schaden völlig eingetreten ist, damnum futurum[6]). Curtius 3. pag. 230.

3) Es muß ein damnum, quod injuria fit[7]), vorhanden sein. Demnach wird kein Schaden ersetzt, welchen eine vis major, ungewöhnliche Naturereignisse u. dgl. herbeigeführt haben, wenn nicht vor oder nach denselben dem Besitzer des schädlichen Gegenstandes eine besondere Nachlässigkeit zur Last fällt. Curtius §. 1215. not. e. sub. 2. Es wird kein Schade ersetzt, welcher in der natura loci (naturale vitium) seinen Grund hat, ausgenommen, wenn Jemand unvorsichtig an einem solchen unpassenden Orte ein neues Werk errichtet. Curtius, §. 1215. not. e. sub 3. b. Endlich darf der Schade nicht blos in Entziehung eines Vortheils, sondern muß entweder in possitiver Beschädigung, oder Entreißung eines uns rechtlich zukommenden Gewinnes bestehen. Curt. ebend. sub 3. a.

4) Die Imploration findet blos dann statt, wenn der Bedrohte kein anderes Mittel und keine andere Klage hat, um sich gegen die Beschädigung zu sichern, oder Schadensersatz zu verfolgen[8]). Anderer Meinung ist Curtius, a. a. O. not. e. sub 1. am Ende, aber aus unzureichenden Gründen. Denn die Vor-

---

5) Vergl. *pag.* 37. u. folg.

6) Vergl. Kap. 7. §. 1. *pag.* 45.

7) Vergl. Kap. 7. §. 2. *pag.* 49.

8) Siehe Kap. 7. §. 3. *pag.* 52.

schrift, daß die cautio damni infecti subsidiär sei, beruht nicht blos auf der Gerichtsverfassung der Römer, sondern hat ihren Grund in der Natur der Sache. Denn wie soll ein Mithsmann ausser der actio conducti noch diese Imploration erheben können? Er hat nicht mehr Ansprüche, als ihm im Miethcontract gegeben worden sind, und aus diesem Contracte geht nur eine actio locati et conducti hervor, nie ein Recht zu unserer Imploration, das übrigens auch ganz überflüssig wäre. Ebenso wenn ein socius das gemeinsame, baufällige Gebäude selbst repariren und die darauf verwandten Kosten pro parte mit der actio communi dividundo, negotiorum gestorum u. dgl. zurückfordern kann, wozu noch eine Klage auf Kaution? Endlich aber streift die cautio damni infecti gar häufig gegen den Satz: qui jure suo utitur, nemini facit injuriam an, ist reine Billigkeitsklage und darf daher nicht unnützer Weise auf Fälle ausgedehnt werden, wo schon eine andere Klage Statt findet. Man vergleiche noch L. 18. §. 4. in fin. D. 39, 2.

5) §. 1215. not. e. sub 4 sagt Curtius: „Geklagt kann werden nicht blos gegen den Eigenthümer, sondern auch gegen den Usufructuar und andere, denen man heut zu Tage dominium minus plenum zuschreibt.“ Dies ist richtig, da die Vorschriften hinsichtlich des creditor pignoraticius jetzt nicht mehr angewendet werden. Unrichtig ist es aber in Bezug auf Neubauten, Anlagen und Arbeiten, wo jeder Unternehmer u. s. w. sei er Eigenthümer des Grundes und Bodens oder Hauses, oder nicht, wenn nur die übrigen Bedingungen vorhanden sind, verpflichtet ist.

6) Die zur Klagerhebung Befähigten und Berechtigten sind noch dieselben, wie im Römischen Rechte. Siehe oben Kap. 8. pag. 65—69.

7) Die *missiones* in rem, welche nur durch Umwege zum Ziel führten, finden heutiges Tags nicht mehr Statt, vielmehr ist, wenn dem Besitzer einer Gefahr drohenden Sache die Abstellung der Beschwerde anbefohlen worden, von diesem aber unterlassen und

der Schaden nun eingetreten ist, der Beschädigte ohne Weiteres befugt, auf Schadensersatz zu klagen. Curtius, Handbuch des Königl. Sächs. Civ. R. Theil 3. pag. 231. §. 1215. not. 1. Ist jenem Besitzer aber eine wirkliche Kautionsleistung auferlegt worden, so wird, falls der Schade eintritt, bevor die Leistung erfolgt ist, die Kaution zur Strafe Ungehorsams für geleistet erachtet und darauf hin wie gewöhnlich verfahren. Stryk, usus modern. lib. 39. Tit. 2. §. 6. Schmidt, Klagen und Einreden, §. 1235. not. q.

8) Sind endlich alle subjectiven Erfordernisse der Kaution und auch die hauptsächlichsten objectiven vorhanden, aber es ist noch ungewiß, ob der Implorant ein wirkliches Interesse, oder mehr eigensinnige, boshafte Absichten bei seinem Anbringen hat, so ist das juramentum calumniae noch immer aufzuerlegen. Curtius, a. a. O. §. 1214. not. 6.

Rechtsfälle.

II.

Tobias Bernegger zu N. klagte gegen die Zunft der Zimmerleute ebendaselbst, daß der große Wind vom 22. Januar 1690 den Giebel der Zunftstube eingeworfen habe, wodurch dem Hause des Klägers Schaden zugefügt worden sei. Er bittet um Augenscheinnahme Schadensersatz und Räumung des Geröhrs.

Der Augenschein ergab, daß des Klägers Haus allerdings durch Einfall des Giebels Schaden gelitten hatte, ferner, daß der Giebel zwar überhängig gewesen, mit keinem Giebeleisen versehen, und mit Schwellen und Spriessen noch mehr hinausgetrieben worden war, daß aber, wenn der große Wind nicht gekommen wäre, der Giebel nicht eingefallen sein würde.

Die Beklagten excipirten: daß dem Kläger in diesem Falle gar keine Klage zustehe,

9) Vergl. oben *pag.* 19. ff.

a) weil er keine Kaution vor erlittnem Schaden gefordert habe, L. 6. D. de damno infecto 39, 2.

b) weil nicht aedium vitio, sondern durch den Sturmwind der Einsturz des Giebels und die Beschädigung des gegnerischen Hauses veranlaßt worden sei. L. 24. §. 2 – 3. D. h. t.

Die Beklagten baten um Entbindung von der Klage, auch hinsichtlich der Räumung des Gerohrs und um Verurtheilung des Klägers in alle Kosten.

Der Kläger dagegen suchte nun seine Ansprüche durch L. 7. §. 2. L. 9. D. eod., sowie durch L. 18. D. de servitutibus praediorum urbanorum, 8, 2. und durch L. 27. §. 10. D. ad legem Aquiliam 9, 2, zu begründen, weil ja in diesen Stellen auch post damnum datum theils ein Interdict auf Räumung des Ueberfalls, theils auch eine in factum actio auf Schadensersatz gegeben werde.

Die Beklagten beharrten aber auf ihrer früheren Behauptung und auf ihrer früheren Bitte.

Hierauf wurde denn also erkannt:

„In Sachen Berneggers, Klägers entgegen der Zunft der Zimmerleute, andern Theils ist auf angebrachte mündliche und schriftliche Klage, geschehne Litiscontestation, eingenommnen Augenschein und ferneres schriftliches und mündliches Verfahren nach der Sache Schluß zu Recht erkannt:

Daß Beklagte von angestellter Klage zu entbinden, inmaaßen wir sie hiermit davon absolviren und entbinden, die Unkosten aber aus bewegenden Gründen zu compensiren sind."

Gründe.

1) Die im Verfahren erwähnten Stellen, L. 7. §. 2 und 9. pr. D. de damno infecto versprechen nur für den Fall ein Interdictum post damnum datum, wenn Jemand aus einem giltigen Hinderungsgrunde die Kaution nicht gefordert hat. L. 8. D. eod.

Eine solche entschuldigende Ursache aber hat der Kläger nicht anzuführen vermocht [10]).

2) Eine in factum actio ex lege Aquilia greift auch nicht Platz, weil der Schade nicht durch eine possitive, schädliche Thätigkeit der Beklagten, sondern mehr durch deren Nachlässigkeit oder durch die Gewalt des Windes herbeigeführt worden ist [11]).

3) Selbst wenn Kläger noch vor dem schädlichen Ereigniß die Kaution gefordert hätte, würde er keine Klage haben, weil ohne den heftigen Wind [12]), wie der Augenschein ergeben hat, der Giebeleinsturz und die Beschädigung des klägerischen Hauses nicht erfolgt sein würden. Es kommt also die Bestimmung der L. 24. §. 2. 3. D. de damno infecto hier in Anwendung.

4) Kläger hat keine Kaution gefordert, noch sonst eine Anzeige bei der Obrigkeit ausgebracht, auch keinen giltigen Hinderungsgrund angeführt und nachgewiesen, und so treten hier die Bestimmungen der lex 6. D. de damno infecto ein, nach denen gar keine Klage zulässig ist, „non interposita antea cautione nulla nobis competit actio, adeo ut plerisque placuerit, ne cogi quidem posse, ut rudera tollat; si modo omnia, quae jaceant, pro derelicto habeat" [13]).

Aus diesen Gründen wurde wie oben erkannt [14]).

B. R. W.

III.

§. 1.

Die Bauconducteurin M. D. Wagner besaß in Gera auf der Neustadt daselbst eigenthümlich ein Wohnhaus neben dem des

---

10) Vergl. dies. Abhandlg. *pag.* 48.

11) Siehe die Erklärung der *l.* 27. §. 10. *D. ad leg. Aquil.* oben *pag.* 54.

12) Vergl. Kap. 7. §. 2. *pag.* 49. d. A.

13) Siehe *pag.* 46. d. Abhaudlung.

14) Vergl. *Schiller, praxis juris Rom. in for. Germanic. Exerc.* 42. §. 39.

Porzellandrehers Risse, welches von dem ihrigen durch eine Kommun- oder Koppelmauer getrennt und von dessen Eigenthümer an den Büchsenmacher Hanau vermiethet worden war. Hanau hatte im Erdgeschoß seine Werkstatt angelegt, dort einen Ambos errichtet, und zwei Werkbänke in der eine halbe Elle starken Koppelmauer befestiget.

Am 6. September 1830 nun beschwerte sich die obengenannte verwittwete Wagner beim Amt Gera, daß durch die Werkbänke und überhaupt durch das geräuschvolle Arbeiten in jener Werkstadt ihr Haus dergestalt erschüttert werde, daß alle Wände Risse bekommen hätten, der Putz abgefallen wäre und der Einsturz der Mauer zu befürchten stehe. Sie bat, die Abstellung dieser Beschwerde anzubefehlen.

Die zugezognen Sachverständigen erklärten die Risse der Wand u. s. w. wirklich für Folgen jener Erschütterung und die Werkbänke wurden vertragsmäßig beseitigt. Hingegen der Vorschlag der Wagnerin, den Ambos eine tiefere, mit Steinen ausgemauerte Grundlage zu geben, fand nicht den Beifall der Sachverständigen, welche erklärten, daß dadurch die Erschütterungen nur verstärkt werden würden, und daß solche einzig und allein dadurch verhindert werden könnten, wenn der Ambos gänzlich cassirt werde. Der Ambos blieb aber unverändert stehen, und das Arbeiten darauf wurde fortgesetzt.

Trotz der Entfernung der Werkbänke dauerten daher die Erschütterungen durch das Arbeiten in der Hanau'schen Werkstatt noch fort; und die Risse im Wagner'schen Hause vermehrten sich. Deshalb reichte nicht lange nachher die Wagner folgende Imploration wieder ein:

„Es sei bekannt, daß wer auf seinem Eigenthume eine dem Nachbar Schaden drohende Arbeit unternehme, nach Gemeinen Rechten zur cautio damni infecti verpflichtet sei. L. 19. §. 1, D. de damno inf. 39. 2.

Das Arbeiten nun in der Werkstätt, welche Hanau im Risse'schen Hause angebracht habe, vorzüglich das Hämmern auf dem Ambos, hätten nach dem Gutachten der Sachverständigen die Risse in ihrer Wand und den Abfall des Kalkes verursacht u. s. w., und es sei der Einsturz ihres ganzen Hauses noch zu befürchten, wenn Hanau in seinem Arbeiten fortfahre, sie bitte deshalb, dem Risse aufzugeben, daß er die Werkstatt aus seinem Hause entferne oder cautio de damno infecto leiste."

In der Exceptionsschrift entgegneten hierauf die Beklagten Hanau und Risse:

1) Die cautio damni infecti werde allerdings wegen aedium oder operis vitium geleistet. Die Klägerin nun scheine sich auf ein operis vitium berufen zu wollen, habe aber nicht anzuführen vermocht, daß der Ambos schlecht oder fehlerhaft errichtet sei. Blose Unannehmlichkeiten und Störungen gäben dem Nachbar noch kein Recht auf Kaution. Die Anlegung von dergleichen Werkstätten sei übrigens auch weder verboten, noch beschränkt, ja die Werkstatt der Beklagten sei mit obrigkeitlicher Erlaubniß angelegt worden."

2) Weder der Schraubstock noch der Ambos fügten dem Wagner'schen Hause Schaden zu; denn wenn dieses benannte Haus dadurch erschüttert werden sollte, müsse das des Beklagten noch viel mehr erschüttert werden, was keineswegs der Fall sei, und namentlich sei auch von der Kommunwand auf der Seite der Beklagten kein Kalk abgefallen. —

Der Ambos stehe ferner weder auf Dielen, noch sonst mit dem Hause der Klägerin in Verbindung. Die von dem Arbeiten auf dem Ambos bewirkte Beschädigung jenes Hauses müsse mithin von dessen eigner Fehlerhaftigkeit herrühren. Von einem Anspruche auf Kaution könne daher gar nicht die Rede sein."

Die Beklagten baten um Abweisung der Klage und um Verurtheilung der Klägerin in sämmtliche Kosten.

In dem ferneren Verfahren sodann brachten beide Parteien nichts Neues noch Erhebliches weiter vor.

§. 2.

Nach Beschluß des Verfahrens wurden hierauf die Acten zum Spruch (nach Leipzig) versandt, und es erging in der Sache folgendes

Urthel:

Als uns der Justizamtmann zu Gera Acta Marien Dorothen Wagnerin, Klägerin rc. sammt einer Frage zugeschickt und Unsere Rechtsbelehrung darüber gebeten;

Demnach erachten Wir, nach fleißiger Verlesung und Erwägung, darauf in Rechten gegründet und zu erkennen; — Daraus soviel zu befinden: daß der Klägerin Anwald rc. rc. Und hat der Klägerin Suchen, soweit es wider Mitbeklagten gerichtet, schlechterdings, sofern es gegen Beklagten geht, inmassen es angebracht, nicht Statt; sie könnte und wollte denn, daß von Beklagtens Be- Betreibnng seines Büchsenmacher-Gewerbes in der in Mitbeklagtens Hause befindlichen Werkstatt dessel- für ihr anstoßendes Haus Schaden zu befürchten stehn, binnen Sächsischer Frist, Beklagten und Mitbeklagten der Gegenbeweis u. s. w. vorbehältlich, wie Recht erweisen; so ergehet in der Sache ferner, was Recht ist.

V. R. W.

Entscheidungsgründe.

Das prätorische Edict über damnum infectum, das ursprünglich[15]) nur auf unterlaßne Reparatur eines baufälligen Hauses

15) Vergl. Kap. 5. §. 1.

sich bezieht, kann zwar auf absichtliche[16]) Anlagen und Einrichtungen allerdings auch angewendet werden. Dies jedoch nur unter der Voraussetzung, daß dieselben Umstände, die bei jener Unterlassung Statt finden und das Recht auf Kaution begründen, auch hier vorhanden seien, daß also die Einrichtung an sich wirklich für den Nachbar die Gefahr eines Schadens mit sich führe. In dem vorliegenden Falle ist es nun aber keineswegs die Anlage der Werkstatt selbst[17]), welche der Klägerin Schaden drohen kann, sondern jedenfalls kann nur die Arbeit, welche Beklagter in selbiger verrichtet, ihrem Hause gefährlich werden. Daher ist Klägerin offenbar nicht befugt, wieder Mitbeklagten, der diese Arbeit keineswegs ausübt, irgend einen Anspruch zu erheben[18]). Andererseits kann gegen Beklagten ein solcher Anspruch ebenfalls nicht auf die Beschaffenheit seiner Werkstatt, sondern nur auf die Arbeit, die er darin treibt, gegründet werden.

Der Inhalt der Klage:

„Daß Mitbeklagter mit Bewilligung Beklagtens in dessen Hause eine Werkstatt eingerichtet und durch den dabei angebrachten Schraubenstock und den dort befindlichen Ambos eine Erschütterung für ihr Haus herbei geführt habe, wodurch bereits in allen Behältnissen desselben Risse entstanden.“

ist also offenbar lückenhaft und wider keinen ihrer beiden Gegner das Klagegesuch zu unterstützen geeignet. Von Beklagtem, der auf keine Weise etwas unternommen hat, woraus der Klägerin Schaden erwachsen könnte, kann sie eine diesfallsige Sicherstellung gar nicht fordern, und im Verhältnisse zum Mitbeklagten hängt dieses Recht davon ab, daß seine Arbeit wirklich der Art sei, daß eine schädliche Erschütterung des Hauses der Klägerin dadurch in

16) Siehe Kap. 1. *pag.* 7.

17) Sollte die nur ½ Elle starke Koppelwand hier nicht in Betracht kommen?

18) Kap. 9. §. 2. *med.*

der That bewirkt werde [19]). Die Klage scheint also wider Beklagten als überhaupt unzulässig, und wider Mitbeklagten, da Klägerin von dem gedachten Sachverhältnisse in derselben gar nichts erwähnt hat, als in der angebrachten Masse unstatthaft. Es hat jedoch, da nach dem Vorstehenden dieses Klaggesuch nur auf eine einzige Weise rechtlich begründet werden kann, nicht erforderlich geschienen, die Klägerin in der Nothwendigkeit der Ueberreichung eines neuen verbesserten Klaglibells zu versetzen, sondern man hat für angemessen erachtet, die Mängel des vorliegenden durch Vorschrift des Beweisthemas zu ergänzen.

Aus diesen Gründen 2c. 2c.

§. 3.

Gegen dieses Erkenntniß ergriffen die Beklagten das Rechtsmittel der Leuterung, indem sie sich deshalb beschwert fühlen, weil

a) die Klägerin nicht unbedingt abgewiesen, vielmehr

b) derselben noch ein Beweis darüber, daß von der Betreibung des Büchsenmacher-Gewerbes in der Werkstätt u. s. w. für ihr anstoßendes Haus Schaden zu befürchten stehe, gestattet und

c) die Klägerin nicht in die Kosten verurtheilt worden sei.

Das nach abgesetztem Verfahren und erfolgter Actenversendung ergangne Urtel der Juristenfacultät zu Halle und Wittenberg entband Beklagten und Mitbeklagten von der gegen sie erhobenen Klage schlechterdings und erkannte auf Vergleichung der Kosten aus folgenden

Entscheidungs-Gründen:

— Omiss. omitt. — denn, was

1) die Frage betrifft, gegen wen überhaupt der Anspruch auf eine cautio de damno infecto begründet ist, so ergiebt sich

19) Vergl. Kap. 7. §. 4. *pag.* 62.

aus L. 19. pr., verglichen mit L. 9. §. 4. und 5. L. 10. 11. 13. und L. 15. §. 24—27. D. de damno infecto, daß dergleichen Kautionen durchaus nur von dem Eigenthümer des benachbarten Grundstückes und von solchen Personen verlangt werden können, welche ein dingliches Recht daran gewonnen haben [20]. Klägerin kann daher gegen den Wilhelm Hanau, welcher nur als Miether das benachbarte Haus inne hat, überall keinen Anspruch auf cautio damni infecti, erheben [21]), es ist mithin die Klage, soweit sie gegen ihn erhoben, für schlechthin unstatthaft zu erachten. Zweifelhaft scheint es, ob nicht der weitere Beklagte Daniel Risse als Eigenthümer des benachbarten Hauses zur Sicherstellung der Klägerin verpflichtet sei, und nur das Recht habe, nachher, nicht durch eine neue cautio damni infecti, sondern nach L. 18. §. 3. und L. 33. D. eod. mit der actio locati conducti seinen Regreß an den Wilhelm Hanau zu nehmen. Denn es ist in L. 24. §. 6. D. eod. [22]) anerkannt, daß wenn auch das opus, welches Schaden zu bringen droht, von einem andern als dem benachbarten Eigenthümer herrührt, dieser doch zur cautio und aus derselben verpflichtet ist, sobald er jenen an diesem opus hindern konnte; und es unterliegt keinem Zweifel, daß der Daniel Risse bei Vermiethung seines Hauses an den W. Hanau diesem die Bedingung auflegen durfte, daß er nicht in dem gemietheten Hause sein Gewerbe als Waffenschmied betriebe. Allein diese gesetzliche Bestimmung kann, wie schon aus dem Worte prohibere folgt, nicht sowohl von der Möglichkeit auf vertragsmäßigem Wege eine Anlage zu verhindern, als von einem wirklichen Verbotsrechte verstanden werden [23]), ein solches steht aber dem Vermiether, welcher sein Haus einem andern zur Benutzung überlassen hat, ohne über die Art und Weise derselben nähere Verabredung zu treffen,

---

20) Vergl. dagegen *pag.* 80—82.

21) Vergl. Kap. 9. im Eingang und §. 2.

22) Vergl. *pag.* 88. oben.

23) Ebendas. *pag.* 88.

in keiner Weise zu, so lange nicht der Miether eines Mißbrauchs des gemietheten Hauses sich schuldig macht, oder es zu gesetzlich unerlaubten Geschäften benutzt. Da aber Risse dem Hanau die Werkstatt anzulegen erlaubt hat, und diese mit obrigkeitlicher Erlaubniß angelegt worden ist; so muß Daniel Risse als ein solcher gelten, qui opus prohibere non potest, und kann somit auch in keiner Weise von der Klägerin in Anspruch genommen werden; die Klage ist auch im Verhältniß zu diesem Mitbeklagten nicht gegen den rechten Beklagten angestellt und aus diesem Grunde für gleich unstatthaft zu erachten.

Dasselbe ist aber auch zu behaupten, wenn man

2) den Klaggrund, aus welchem der Anspruch auf Sicherstellung erhoben ist, näher berücksichtigt. — Außer den Fällen, wo Jemand auf fremdem Grund und Boden [24]) ein Handlung vorzunehmen oder eine Anlage zu machen berechtigt ist, und weil dabei das fremde Grundstück beschädigt werden kann, im Voraus Sicherheit leisten soll,

L. 15. D. ad exhibend. 10, 4.

L. 2. §. 11. D. de itinere actuque priv. 43, 19.

L. 1. §. 38. D. de aqua quotidiana, 43, 20.

L. 3. §. 9. D. de rivis, 43, 21.

L. 1. pr. §. 14. D. de cloacis, 43, 23.

L. 30. D. de damno infecto, 39, 2.

tritt bekanntlich die Verpflichtung zur cautio de damno infecto nur ein, wenn von zwei angrenzenden Grundstücken für das eine von Seiten des andern Gefahr zu befürchten ist, hier aber auch, wie es in

L. 19. §. 1. D. de damno infecto und verglichen mit L. 15. §. 3 und 10. L. 20. L. 24. §. 2. u. 5. eod.

heißt, nur in den beiden Fällen ein,

„sive aedium vitio sive operis, quod vel in aedibus vel in

---

24) Siehe dagegen *pag.* 37. dieser Abhandlung.

loco urbano aut rustico — fiat, damni aliquid futurum sit.“ Einer Benutzung des der Klägerin gehörigen Gebäudes beim Betriebe seines Gewerbes kann dieselbe den Beklagten Hanau nicht mehr beschuldigen, seitdem er auf ihre Beschwerde die an der gemeinschaftlichen Mauer befindlichen Werkbänke von derselben entfernt hat. Eben so behauptet Klägerin nirgends, daß das benachbarte Haus baufällig sei und deshalb Schaden zu befürchten stehe. Es könnte somit der Anspruch der Klägerin nur aus einem vitium operis hergeleitet werden. Bei der von Gerichtswegen veranlaßten Untersuchung der fraglichen Werkstätte durch die theils von Parteien, theils von der Klägerin selbst in Vorschlag gebrachten Sachverständigen hat sich indeß eine fehlerhafte Einrichtung und Anlage der Werkstätte überhaupt oder des fraglichen Amboses ins Besondere, welche die Behauptung der Klägerin, daß von dem Betriebe des Gewerbes des beklagten Hanau für ihr Grundstück Schaden zu befürchten sei, als begründet erscheinen ließe, in keiner Weise ergeben [25]; vielmehr erklärt der Oberbaumeister, auf dessen Gutachten Klägerin sich besonders berufen hatte, daß zwar allerdings jeder Schlag, der auf dem Hanau'schen Ambos geschehe, in der Klägerin Hause eben so stark als in der Werkstatt gehört werde und dasselbe empfindlich erschüttere, daß indeß diesem Uebelstande, ohne den Ambos ganz zu cassiren, nicht abgeholfen werden könne, und spricht über den von der Klägerin gemachten Vorschlag, daß der Ambos einen tiefern und festern und mit Steinen herausgemauerten Grund erhalten solle, sich dahin aus, daß dadurch die Erschütterungen sich noch weiter fortpflanzen würden, als jetzt. Mit vollem Rechte hat daher die sententia a qua anerkannt, daß die Anlage der Werkstatt selbst der Klägerin keinen Schaden drohen könne, und daß auf deren Beschaffenheit die Klage nicht gegründet werden könne; irrig aber ist es, wenn die frühern Sententionanten den Grundsatz aussprechen, daß die Klage

---

25) Siehe Not. 3. zum Leipziger Urtel.

in sofern für wohlbegründet zu erachten sei, als Klägerin den Beweis zu führen vermöge, daß durch die Arbeit, welche in der fehlerlosen Werkstatt vom Beklagten getrieben wird, eine ihrem Hause gefährliche Erschütterung bewirkt werde. Denn einmal wird in unsern Gesetzen

cfr. Brissonius de verb. signif.

das Wort opus immer nur von besondern Anlagen, Vorrichtungen, Gebäuden rc. gebraucht, niemals aber von den einzelnen Handlungen, Arbeiten u. s. w., welche zum Zweck oder in Folge solcher Anlagen geschehen [26]), und es ist daher der Schade, welcher für Jemand aus eines Dritten Betriebe eines bestimmten Gewerbes entsteht, nicht als ein damnum ex vitio operis zu betrachten.

Anderseits wird aber auch die Verbindlichkeit zur cautio damni infecti in den Gesetzen

cfr. L. 6. u. 7. §. 1. D. eod.

als ein jus singulare [27]) der Nachbarn betrachtet, da eigentlich der Schaden, welchen einer von ihnen ohne des anderen unmittelbares Zuthun, und ohne daß er sich einer eigentlichen Rechtsverletzung schuldig macht, und ohne besondere vertragsmäßig übernommene Verpflichtung, durch dessen Sachen leidet, als ein zufälliger betrachtet, der daher auch von demjenigen, den er trifft, getragen werden müßte [28]); eine analogische Anwendung singulärer Rechtsvorschriften ist aber nach bekannten Regeln

L. 14. D. de legibus, 1, 3.

L. 141. D. de regul. jur.

völlig unzulässig und es folgt daher aus der Verpflichtung der Nachbarn zur cautio propter opus vitiosum nicht, daß auch der durch die Handthierung oder sonstigen Arbeiten derselben bewirkte

---

26) Vergl. Kap. 5. §. 5. ferner *pag.* 38.

27) Schwerlich! Siehe vielmehr Kap. 2. *pag.* 10.

28) Vergl. *pag.* 35 D. A.

Schade in gleicher Weise vertreten werden müsse, zumal in dem Fall der

L. 24. §. 5. D. de dam. inf.

aller Anspruch auf Entschädigung bei einem Schaden durch des Nachbars Gebäude um deßhalb abgesprochen wird, weil id damnum nec loci nec operis vitio factum est, diese Fälle somit ausdrücklich für die einzigen anerkannt werden, wo man zu solcher Kautionsleistung verpflichtet sein kann. Ueberhaupt müßte nicht nur der Beweis von Seiten der Klägerin dahin geführt werden, daß von der Handthierung des Beklagten Schaden zu befürchten sei, sondern vielmehr dahin, daß die Benutzung des Amboses eine fehlerhafte Ausübung seines Büchsenmacher-Gewerbes sei, oder wenigstens den technischen Regeln zuwider erfolgt sei [29]).

Hiernach kann weder das in der sententia a qua abgefaßte Beweisthema, noch daß Klägerin im Allgemeinen zum Beweis zugelassen werden soll, gerechtfertigt werden, da die Klage des fundamenti agendi proximi (fehlerhafte Beschaffenheit der Werkstatt) als auch des fund. agendi remoti (die Beschaffenheit der dort getriebenen Arbeit entbehrt und mithin völlig unstatthaft erscheint.

Endlich kommt aber noch

3) in Betracht, daß sowohl Daniel Risse, als Hanau, wenn er in dem gemietheten Hause sein Handwerk betreibt, nur ein ihnen unzweifelhaft zustehendes Recht [30]) ausüben.

Denn nirgends ist in den Gesetzen den Hauseigenthümern verboten, ihr Haus an Leute zu vermiethen, welche ein lärmendes, den Nachbar unangenehmes Handwerk treiben, denn über die falsch verstandene L. unic. Cod. de stud. liberal. 11, 18. cfr. Glück, Erläuterung der Pandecten, B. 17. §. 1044. Nicht nur aber macht sich überhaupt nur derjenige einer Beschädigung

---

29) Das steht nirgends geschrieben. *cfr. l.* 24. §. 12. *fin. D.* 39, 2. u. Kap. 5. §. 7. *fin.* dieser Abhandlung. *pag* 38.

30) Siehe Kap. 2. *pag.* 10.

blos schuldig, welcher etwas thut, wozu er kein Recht hat[31]),

L. 51. L. 151. 155. §. 1. D. de regul. jur.

sondern es ist auch gerade in Betracht der cautio damni infecti,

L. 24. §. 12. u. L. 26. D. h. t.

der Grundsatz anerkannt, daß wer sich seines Rechts blos bedient, nicht zur Kaution verpflichtet sein soll[32]).

Von einer unmittelbar aus einem Gesetz entspringenden Verbindlichkeit[33]) zur Kaution, als auch von einer vertragsmäßigen Verpflichtung kann demnach gar nicht die Rede sein, da von der letzten nichts in den Acten vorliegt.

Aus den angegebenen Gründen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auf unbedingte Abweisung der Klage in jeder Hinsicht zu erkennen war.

§. 4.

Gegen dieses Erkenntniß wurde wiederum von der Klägerin das Rechtsmittel der Leuterung ergriffen, und nach abgesetztem Verfahren wurden die Acten zum Spruch versandt.

Das hierauf (von Jena) eingegangene Urtheil lautet:

Auf eingewandte Leuterung u. s. w. in Sachen der Wittwe M. Dorothea Wagner, geb. Auerbach zu Gera, Leuteratin, jetzt Leuterantin entgegen den Büchsenmacher Hanau und den Porzellandreher Daniel Risse, beide ebendaher, Leuteranten, jetzt Leuteraten, verlangte Bestellung einer cautio damni infecti betreffend, sprechen wir für Recht: daß vor allen Dingen u. s. w. — die Hauptsache anbelangend, ist nunmehr aus den Acten so viel zu befinden, daß es bei dem am 23. Juli 1832 eröffneten Urtel nicht al-

31) Siehe Kap. 7. §. 2. im Eingang. *pag.* 49.

32) Dann dürften freilich die in Kap. 5. §. 6. *sub* 5. enthaltenen Fälle in den Quellen nicht vorhanden sein! Vergl. *pag.* 34. 35.

33) Ei ja! Kap. 2. *pag.* 10. und Kap. 5. *pag.* 35.

lenthalben zu lassen, vielmehr ist der Implorat Hanau, wenn zuvörderst annoch von der Implorantin, der Gefährdeeid geschworen wird, Einwendens ungehindert auf die erhobene Imploration sich einzulassen rc. und da er dies bereits gethan, den Grund der Klage aber geläugnet hat, so ist Implorantin diesen, so viel ihr daran verneint worden ist, binnen 4 Wochen u. s. w. zu erweisen schuldig, worauf sodann in der Sache ferner ergeht, was Rechtens, rc.

V. R. W.

Gründe.

— — Die Materialien anlangend, so mußte es offenbar bei der gänzlichen Entbindung Risses von der Imploration bleiben, da das fol. 42. Act. enthaltene Leipziger Urtel dahin entschieden hatte und in dieser Beziehung nicht angefochten, in Rechtskraft übergegangen ist.

Was aber den Imploraten Hanau betrifft, so hat er von der Imploration aus folgenden Gründen weder überhaupt, noch in der angebrachten Maaße entbunden werden können.

Die Entbindung in der angebrachten Maaße stützte das erste (Leipziger) Erkenntniß darauf, daß als Grund der schädlichen Erschütterung der Ambos und Schraubstock, nicht wie es sich in der That verhalte, das Arbeiten darauf angegeben sei. Indessen steht doch in der Imploration deutlich, daß durch die Werkstatt des Hanau und dessen lärmende Handthierung die Risse im Hause der Implorantin entstanden seien, worin offenbar die im ersten Urtel vermißte Behauptung liegt, weshalb es also bei der Entbindung in a. M. nicht bleiben kann.

Die Entbindung von der Imploration überhaupt gründete das Erkenntniß der vorigen Leuterungsinstanz darauf, daß

1) Hanau kein jus in re habe, und nur derjenige, der ein solches habe, zur Kaution verbunden sei;

2) daß kein vitium aedium behauptet und kein vitium operis vorhanden sei;

3) auf den Grundsatz, qui jure suo utitur, nemini facit injuriam.

Was den ersten Punkt anbetrifft, so legen die Rechte nicht nur demjenigen, welcher ein dingliches Recht am schädlichen opus hat, die Kaution auf, sondern allen, qui modo eam rem possideant, teneant suo jure, ut si opus est, possint stipulanti possidere jusso ea re cedere, ut est poena edicti. Donell. Comm. lib. XV. cap. 46. Wening-Ingenheim, Lehrb. des Gem. Civ. R. edit. 4. Buch III. §. 222. not. 5. Zu vergleichen noch fr. 13. §. 10. D. de dam. inf.; wornach jedem die caut. dam. inf. abgefordert werden kann, gegen welchen das interdictum quod vi aut clam zusteht [34]), was bekanntlich kein dingliches Recht voraussetzt.

ad 2) ist allerdings kein vitium aedium in Frage, sondern nur ein vitium operis. Dies ist in Abrede gestellt, weil nicht der Amboß, sondern das Arbeiten darauf sich als schädlich gezeigt habe, opus aber nicht Handlung, Arbeit u. s. w. zum Zweck oder in Folge der Anlage bedeute, sondern blos die Anlage selbst. Brissonius loc. cit. sagt, daß nur bei der operis novi nuntiatio, wie bei der cautio damni infecti, opus nicht einzelne Verrichtungen und Handlungen, die in keinem Zusammenhange mit dem opus solo conjunctum stehen, bedeute. Handlungen aber, die sich nicht füglich von einem solchen opus, und das opus nicht von jenen getrennt denken lassen, vervollständigen gewisser Maaßen den Begriff des opus. Dies ergiebt sich auch aus fr. 24. §. 7. D. de dam. inf., in welcher es heißt, daß ein schuldvolles Handeln des Bäck-

---

34) Vergleiche die Erklärung dieser Stelle in Kap. 7. §. 3. *pag.* 55 und *pag.* 34.

ers, (ein schuldvoller Gebrauch des Ofens und Feuers) die stipulatio damni infecti ausschließe, aber stillschweigend auch enthalten ist, daß wenn auch ohne culpa des furnarius, also ein untadelhafter Gebrauch des Ofens (z. B. durch die zu nahe Stellung desselben am Nachbarhause) diesem gefährlich werde, die cautio bestellt werden müsse [35]).

ad 3) Wenn man den genannten Grundsatz in dieser Ausdehnung annimmt, so würde, weil sich jeder, so lange nicht possitive Beschränkungen vorhanden sind, seines Rechts bedient, welcher, wie es ihm gefällt, auf dem Seinigen baut, oder seine Gebäude in einem schadhaften und Schaden drohenden Zustande läßt, gar keine cautio damni infecti gefordert werden können — [36]) Was aber der Fall war und ist. Eine durchgreifende Regel konnte dabei nicht gegeben werden, was für die Freiheit des Berechtigten gefährlich schien. Dazu aber, daß der Berechtigte in der Freiheit seiner Dispositionen nicht zu weit beschränkt werde, diente der Gefährdeeid bei der cautio damni infecti und das billige Ermessen des Richters, der nur da, wo das jure suo uti zu offenbar unbilliger Gefährdung eines dritten führen würde, die Freiheit des Berechtigten indirect durch Kaution beschränkte. Die im vorigen Erkenntniß citirten fr. 24. §. 12 u. fr. 26. D. h. t. sind von den vorigen Urtheilsverfassern falsch aufgefaßt worden.

Im gegenwärtigen Fall würde es aber höchst unbillig sein, das ganze Haus der Implorantin dem Einsturz dadurch auszusetzen, daß man dem Imploraten den Gebrauch seines opus unbedingt frei ließe, und ihn nicht einmal für den Fall, wenn der Einsturz wirklich erfolgte, zu Schadensersatz anhalten wollte.

Es versteht sich jedoch von selbst, daß die Verbindlichkeit des Imploraten zur Kaution nicht nur von der Bescheinigung der Im-

---

35) Vergleiche Kap. 5. §. 7. *pag.* 37.

36) Vergleiche Kap. 2. *pag.* 10.

plorantin, sondern auch von der Leistung des Gefährdeeids [37]) durch dieselbe abhängig gemacht werden mußte, zufolge

fr. 7. D. cit.

u. s. w.

§. 5.

Gegen dieses Erkenntniß nun ergriff der Beklagte das Rechtsmittel der Appellation an die fürstliche Landesregierung.

Nach vorgehabtem Rathe auswärtiger Rechtsgelehrten (der Facultät zu Göttingen) erkannte die Regierung:

„daß es beim vorigen Erkenntnisse nicht zu lassen, vielmehr in der Hauptsache das frühere Erkenntniß (der Hallischen Facultät) wieder herzustellen, und die Klage abzuweisen sei. Die sämmtlichen Kosten dieses Rechtsstreits werden gegen einander verglichen und aufgehoben."

Zweifels- und Entscheidungsgründe.

Die Verfasser des vorigen Urtheils gehen von der Ansicht aus, daß wenn die Handthierung des Büchsenmachers Hanau in dessen Werkstatt dem Hause der Implorantin wirklich Schaden drohe, ein einen Anspruch auf cautio damni infecti unzweifelhaft begründendes vitium operis anzunehmen sei. Allein wenn auch der angegebene Begriff des opus richtig ist; so wird doch von der wesentlichen Voraussetzung eines vitii operis d. h. eines vitii der Anlage nur dann die Rede sein können, wenn diese, nämlich die Anlage, als an sich fehlerhaft erscheint, so daß deren Gebrauch eben dadurch schädlich wird [38]). Die vorigen Urtheils Verfasser geben dies selbst zu, wenn sie bei der Auslegung der L. 24.

37) Siehe Kap. 13. *not.* 9.

38) Siehe dagegen *pag.* 38. d. Abh.

§. 7. D. de damno infecto eine Fehlerhaftigkeit des Ofens selbst voraussetzen. In dem vorligenden Falle ist aber die Werkstatt nach vorgängiger obrigkeitlicher Untersuchung angelegt worden, ferner sagen auch die Sachverständigen, daß der Ambos, welcher frei in der Mitte auf blosem Erdboden steht, würde gänzlich cassirt werden müssen, wenn die Klägerin zufrieden gestellt werden solle.

Eine andere Frage ist, ob sich die cautio damni infecti nicht auf ein vitium aedium hätte stützen lassen, denn wenn durch die Arbeit in der Hanau'schen Werkstatt die Mauer zwischen dem Wagner'schen und Risse'schen Hause, in so weit sie zu dem Risse'schen Hause gehört, schadhaft würde und dadurch nun wieder dem Hause der Implorantin Schaden drohte, so würde sich das Recht der letztern auf Kautionsleistung propter aedium vitium nicht bezweifeln lassen. Allein ein solches ist von der Implorantin in den Acten nicht erwähnt, uud der gegnerischen Behauptung, daß das Risse'sche Haus durch das Arbeiten keinen Schaden leide, von derselben nicht widersprochen worden, sondern sie stützt sich blos darauf, daß das Arbeiten in jener Werkstatt ihr Haus erschüttere u. s. w., woraus nach den Gründen des vorletzten Urtheils kein Anspruch auf Kaution abgeleitet werden kann.

Wären endlich auch alle objectiven Erfordernisse der cautio vorhanden, so würde doch der Anspruch darauf gegen den gegenwärtigen Beklagten, als blosen Miether des Risse'schen Hauses auf keinen Fall geltend gemacht werden können [39]).

Zwar die Verfasser des vorigen Urtheils behaupten, daß überhaupt allen die Kaution auferlegt sei, welche eine Sache oder opus so besäßen, daß ihnen anbefohlen werden könne, es dem in rem Immittirten zu überlassen und berufen sich, außer auf Donells und Wening-Ingenheims Auctorität, theils auf die von letz-

39) Warum nicht? — Gegen wen sonst? — Vergl. Kap. 9. §. 2.

tern in seinem Lehrbuche des Civilrechts, Buch III. §. 222. not. v. zitirten Gesetze, theils auf L. 13. §. 10. D. de damno inf.

Allein jene Gesetze, L. 10. 12. 13. §. 1. L. 15. §. 24—25 L. 19. pr. D. de damn. inf., mit denen noch L. 9. §. 4—5. L. 11. L. 15 §. 26—27 zu vergleichen sind, beweisen gerade das Gegentheil, daß nur diejenigen zur Kautionsleistung verpflichtet sind, welche ein dingliches Recht an der schädlichen Sache u. s. w. haben, und L. 13. §. 10. cit. sagt nichts weiter, als daß die Kaution durch die Koncurrenz gewisser anderer Rechtsmittel, z. B. das Interdictum quod vi aut clam nicht ausgeschlossen werde [40]. In der Stelle des Donell sind die Worte, qui modo eam rem possideant teneantve suo jure, falsch verstanden worden, denn die Worte suo jure schließen den Miethsmann deutlich genug aus [41]; das teneant erklärt sich daraus, daß auch der Usufructuar caviren muß, obgleich er an dem Grundstücke selbst blose Detention hat.

Nach L. 15. §. 26. eod. erhält der in rem missus das Recht desjenigen, welcher die Kaution verweigert hat. Aber welches Recht könnte er erhalten, wenn der Gegner ein bloser Miether wäre?

§. 6.

Gegen dies Erkenntniß wurde von der Implorantin das Rechtsmittel der Oberappellation ergriffen. Ich bedauere aber recht sehr, daß ich meinen verehrten Lesern das Erkenntniß dieser Instanz, was nach sehr reiflicher Ueberlegung und mannigfachen Debatten gefällt worden sein soll, nicht mittheilen kann, da solches zur Zeit den Parteien noch nicht publizirt worden ist.

---

40) Richtig und doch nicht ganz recht, vergl. die Note zum Jenaischen Urtel. *pag.* 34.

41) Allerdings, aber beim *aedium vitium*.

IV.

Unterm 20. September 1837 trat der Anspanngutsbesitzer Gottlieb Köhler in Oberlödla gegen den Anspanngutsbesitzer Abraham Müller in Wiesemühle mit folgender Klage auf:

Nachdem bereits im Jahre 1833 von der 2ten Abtheilung des Amtes die Grenze zwischen ihren beiderseitigen Grundstücken regulirt worden sei, hätten sie beide, wie es bereits früher der Fall gewesen, die Braunkohlengräberei auf ihren Grundstücken fortbetrieben. Dabei sei aber Müller in einer Breite von vielleicht 60 bis 70 Ellen bis zu einer Tiefe von circa 40 Ellen nach der gemeinschaftlichen Grenze zu eingegangen, und habe dicht an letzterer eine ziemlich senkrechte Wand abgestochen. Es sei voraus zu sehen gewesen, daß eine so schroffe Wand von solcher Höhe beim Eintritt nasser Witterung unmöglich habe haltbar sein können, und so sei es gekommen, daß bereits im Frühjahr 1836 auf dem Köhlerschen Grund und Boden nach der mehrerwähnten Grenze zu eine Senkung sich gezeigt, und während des letzten Winters resp. Frühjahrs in einen Erdfall sich umgestaltet habe, wodurch nicht allein ein Platz von ungefähr 50 Schritten in der Länge und 40 bis 45 Schritten in der größten Breite bis resp. zu 3, 4 und 6 Ellen nach der Müllerschen Braunkohlengräberei zu fortgegangen und beziehungsweise versunken, sondern auch ein 38 Ellen von der Grenze entfernter, im Jahre 1834 von Köhlern eingeschlagener Schacht von 44 Ellen Tiefe mit seinem ganzen Ausbau zusammengestürzt sey. Habe nun

1) dieser Schacht bei seiner Anlage 100 Thlr. gekostet, und sey er, Köhler,

2) um ferner einen Braunkohlenstreichtisch stellen zu können, zur Zuziehung eines Platzes von seine angrenzenden Felde, den er nun nicht zum Getreidebau benutzen könne, daher mit einem lucrum cessans von 6 Thlr., und endlich

3) zur Anlegung eines Ganges nach der versunkenen Braunkohle hin — um wenigstens einen Theil der letzteren zu retten — mit einem Aufwande von 40. Thlr. 20 gr. — veranlaßt worden, somit aber zusammen in einen Schaden von 146 Thlr. 20 gr. — gekommen, so bitte er eventuell der Eides Delation sich bedienend — um Verurtheilung Müllers zur Bezahlung der gedachten Summe und Geltung al- aller Kosten.

Dieser Klage setzte nun der Beklagte vor seiner größtentheils negativ erfolgten Einlassung folgende dilatorische Einreden, als

1) rei non sic sed aliter gestae,

2) actionis non fundatae,

3) der eigenen Schuld und beziehungsweise des Zufalls und

4) nimis generalis et inde inconcludentis libelli entgegen, von denen zunächst die erste, zu deren Begründung nur angeführt wurde, daß der Klagvertrag unwahr sei, wie solches die Einlassung ergeben werde, negative Litiscontestation ist, und daher eine besondere Rücksicht als Einrede nicht verdient.

Dagegen führte Beklagter in Bezug auf die zweite Exception fol. 9 .b. et seq. Folgendes an:

Jede Verbindlichkeit zum Schadensersatz, so fern sie aus imputabeln Handlungen hergeleitet werde, setze voraus, daß daß das ursächliche factum ein widerrechtliches und resp. ein solches sei, womit die Gesetze jene Obliegenheit verbinden. Ein solches sei aber das von Kläger behauptete — jedoch unzugestandene — factum deßhalb nicht zu nennen, weil nicht nur jeder Eigenthümer auf seinem Grund und Boden Anlagen machen und überhaupt disponiren könne, wie es ihm beliebe, selbst wenn Andere dadurch leiden sollten (qui jure suo utitur, nemini facit injuriam), sondern auch das factum unter keine der in den Gesetzen enthaltenen Eigenthums Beschränkungen zu subsumiren sei. Das einzige in

dieser Beziehung zulässige Rechtsmittel würde daher die cautio damni infecti gewesen seyn, da jedoch eine solche nicht ausgebracht worden, so cessire jeder Anspruch auf Schadensersatz, und Kläger habe es sich somit selbst zuzuschreiben, wenn er unterlassen, sich in der gesetzlich nachgelassenen Weise vorzusehen.

Fol. 24. seq. replizirt Kläger:

1) Eine gesetzliche Eigenthums-Beschränkung, daß kein Eigenthümer durch zu tiefes Eingraben in sein Grundstück dem Eigenthum seines Nachbars unmittelbar gefährlich werden dürfte, existire allerdings

fr. 24. i. f. Dig. 39, 2.

liege somit eine wiederrechtliche Handlung vor, so seien auch alle Erfordernisse einer actio legis Aquiliae vorhanden. Auch sei

2) das Gesetz de damno infecto, worin immer nur von Gebäuden, domus, aedes, habitatio etc. die Rede wäre, auf den vorliegenden Fall gar nicht anwendbar, ja es habe der, welcher durch andere gewöhnliche Klagen gedeckt sey, die Kaution nicht einmal zu fordern.

3) Trage er, Kläger, keine Schuld, daß er keine Kautionsleistung beantragt habe, indem der Grund zum Erdeinsturz schon vor der Zeit seines Besitzes gelegt gewesen sei, ohne daß weder er noch seine Vorbesitzer dies hätten vermuthen können.

Hiergegen duplicirte endlich Beklagter fol. 29. seq.

ad 1. daß Kläger die behauptete gesetzliche Eigenthums-Beschränkung, welche im vorliegenden Falle überschritten sein soll, nicht nachzuweisen vermöge, und daß somit von der eine widerrechtliche Handlung supponirenden actio legis Aquiliae keine Rede sein könne, indem in dieser Beziehung sowohl, als

ad 2. hinsichtlich der Anwendbarkeit des Gesetzes de damno infecto auf den vorliegenden Fall die angezogene Stelle

gerade für den Verklagten beweise. Auch sei es

ad 3. ganz gleichgültig und von dem Gesetz außer Rücksicht gelassen, ob der Bedrohte von der bevorstehenden Beschädigung Kenntniß gehabt, oder hätte haben können.

Hierauf ertheilte das hiesige Herzogl. Kreisamt den

Bescheid:

Daß Klägers Suchen nicht statt hat, derowegen Beklagter von der wider ihn angestellten Klage zu entbinden und loszuzählen. Es ist auch Kläger die durch diesen Proceß verursachten Unkosten allein zu tragen und resp. dem Beklagten nach deren vorgängigem Ansatz und richterlicher Ermäßigung zu erstatten verbunden.

Decretum Altenburg, am 11. Februar 1838.

Herzogl. Sächs. Kreisamt 1 Abth. das.

Gründe:

So mannigfache Schwierigkeiten auch das römische Recht über den in Anregung gebrachten Gegenstand, insbesondere aber der darin de damno infecto einzig sich vorfindende Pandecten, Titel 39, 2. darbietet, so ist doch durchaus so viel mit Sicherheit zu entnehmen:

Daß derjenige, welcher

entweder durch fehlerhafte und wandelbare Beschaffenheit eines nachbarlichen Gebäudes, Grundstücks u. s. w.

oder aber dadurch, daß daran oder darauf von dem Nachbar irgend etwas Schadenbringendes, jedoch an sich in den Gesetzen nicht Verbotenes vorgenommen worden ist,

einen Schaden erleidet, und sich von dem Inhaber der beschädigenden Sache nicht mit Ueberlassung der rudera abfinden lassen will, (11. 6. tit. alleg.) auch sonst keine Klage gegen derselben hat, (L. 18. §. 9. L. 32. in fine D. eod.) nur dann einen Anspruch auf Schadensersatz geltend machen

kann, wenn er sich vorher von dem Nachbar gerichtliche Kaution de damno infecto hat bestellen lassen, um dann bei sich ereignetem Schaden mit der actio ex pacto seu stipulatu damni infecti auftreten zu können.

Von dieser Regel, welche somit Alles der eigenen Vorsicht und Wachsamkeit jedes einzelnen Gefährdeten anheim giebt, dagegen den Gefährdenden einer solchen gänzlich überhebt, werden auf der andern Seite dann, wenn nach erfolgtem Schaden sich ergiebt, daß nicht durch die eigene Schuld oder Nachlässigkeit des Beschädigten die Kautionsbestellung unterblieben ist, (L. 8. huj. tit.), mittelst Verstattung einer actio in factum oder eines Interdicts folgende Ausnahmen zugelassen, wenn nämlich

a) der Beschädigte rei publicae causa abwesend (L. 9. pr. huj. tit.) oder es ihm

b) wegen Kürze der Zeit unmöglich war, erst Kaution zu fordern (L. 9. pr.), oder wenn zwar von ihm

c) bei der Obrigkeit eine Kautionsauflage an den Nachbar beantragt, aber letztere noch nicht erlassen worden (L. 15. §. 28. huj. tit.), oder

d) wenn sie erlassen, aber von dem Besitzer der Gefahr bringenden Sache noch nicht befolgt war (L. 7. pr. L. 15. §. 34 u. 36. huj. tit.) oder endlich

e) wenn sich der Beschädigte überhaupt vorher keinen Schaden vermuthen konnte (L. 27. §. 10. D. ad leg. Aquil. 9, 2.),

nicht aber, wenn er den Innhaber der schädlichen Sache bloß außergerichtlich zur Kautionsleistung aufgefordert, und hernach bei dessen Weigerung die Obrigkeit anzugehen unterlassen hat L. 44. pr. D. de damno inf.)

Ueber Alles dieses findet man auch unter den Rechtsgelehrten nur einerlei Meinung, sowohl den ältern z. B.

Schilter, prax. jur. Rom. exerc. 39. §. 26. seq. (3te Ausgabe von 1713. tom. 3, pag. 12.)

Struvii syntagma jur. prud. exerc. 39. §. 26. (Ausg. v. 1718 c. addit. Petri Mülleri tom. 3. pag. 25.)

Just. Henning Bohmer introd. in jus. Digest. 39, 2. Ausgabe von 1756 pag. 319. seq.)

Menken, Synopsis Pandectar. 39, 2. (edid. Kübnold. p. 801. seq.

Hellfeld, jurispr. forens. §. 1676. seq. (edit. v. 1806. pag. 783, 2. Theil.)

Schmid, Lehrb. v. Klag. u. Einr. §. 1247. (3. Ausg. pag. 676.)

Als den neueren, z. B.

Thibaut, System des Pand. R. §. 585—588. (5. Ausgabe v. 1818.

Schweppe, röm. Priv. R. §. 605—608. (3. Ausgabe. Altona 1822.)

Wening-Ingenheim, gem. Civilr. Bd. 2. §. 221. 226. (4. Aufl. München 1831—32.

W. M. Puchta, über die gerichtlichen Klagen, besonders in Streitigkeiten der Landeseigenthümer, Giesen 1833, §. 158 und 159 p. 445. seq.

A. Hesse, de cautione damni infecti (Preißschrift) Jenae 1837, pag. 34. seq.

und andere mehr.

Gegen die Anwendbarkeit der nur gedachten römisch rechtlichen Bestimmungen könnten nun — wie auch vom Kläger in der Replik fol. 25 wiewohl aus einem falschen Gesichtspunkte geschehen ist — Zweifel deßhalb erregt werden, weil

1) heutzutage überhaupt in den meisten Fällen eines damnum infectum die Obrigkeit theils auf Antrag der Betheiligten, theils sogar ex officio — Baupolizei — in-

hibitorisch mit mandatis poenalibus u. dergl. einzuschreiten pflegt,

G. S. Altenburg. Prozeßordn. p. 2, c. 4.

sub no. 3—8 p. 312 und daher die Lehre von der cautio damni infecti, als ohnehin mit der natürlichen Billigkeit im anscheinenden Widerspruch stehend, antiquirt erscheinen könnte, und weil

2) anstatt daß das Gesetz meistens Beispiele supponirt, wo die rudera des eingestürzten Werkes auf das Eigenthum des Beschädigten fallen, in vorliegender Angelegenheit gerade der umgekehrte Fall statt findet, indem nämlich die rudera vom Eigenthum des Beschädigten (Köhlers) auf das des Beschädigers (Müller) herübergefallen sind, mithin die schon nach älterem römischen Rechte dem Beschädigten zugestandene Befugniß, die rudera zu retiniren, in diesem Falle gar nicht ausführbar gewesen sein würde.

Allein so viel

ad 1. den erstgedachten Zweifel betrifft, so mag es zwar einzelne Juristen, worunter z. B. in Höpfners Commentar zu Heinecc. Instit. §. 824. (3. Aufl. p. 672 und 73.)

Titius (in jure privato lib. 3, c. 19. §. 21.) und in Barthii dissens. in praxi, centur. 3, diss. 273. (de anno 1722. pag. 168 u. 169.

noch andere.

genannt werden, gegeben haben, welche aus diesem Grunde die heutige Anwendbarkeit des römischen Rechtes bezweifelten, es hat jedoch diese Ansicht wenig Anklang gefunden, und ist auch um so verwerflicher, als

a) das heutige sofortige Einschreiten der Obrigkeit mit mandatis poenalibus meistens nur da, wo Gefahr auf dem geringsten Vorzuge ist, statt finden wird,

Hellfeld jurispr. for. §. 1682.

in andern Fällen aber erst statt der prätorischen Immission ex primo et secundo decreto eintritt,

Schaumburg, sächs. R. Bd. 2. pag. 771 (3te Aufl.) und überhaupt dies Alles doch unbeschadet der römischen Lehre vom damnum infectum geschieht, indem die letztere das, was man jetzt mit inhibitoriis u. dergl. durchzusetzen sucht, (nämlich die Abwendung eines drohenden Schadens) nicht allein bezweckt, sondern daneben und ganz vorzüglich auch auf den künftigen Schadensersatz, und auf Sicherung eines Klagrechts hinsichtlich desselben sich beziehet. Wenn aber

b) über den letzten Punct die canonische wie die vaterländische Gesetzgebung schweigen, so bleibt nichts weiter übrig, als auf das römische Recht zu recurriren, und verstehet es sich im Uebrigen von selbst

c) daß man über die Bestimmungen des letzteren, so lange man deren heutiges Fortbestehen anerkennen muß,

Hellfeld loc. laud. §. 1682.

Puchta loc. laud. §. 159 Seite 451.

aus bloßen Billigkeits-Rücksichten sich nicht hinaussetzen kann.

Aber es schwindet auch

ad 2. gegen die Anwendbarkeit auf den concreten Fall jeder Zweifel dann, wenn man erwägt, daß

a) die Füglichkeit zur Retention der rudera, welche ohnehin dem Beschädigten immer ein schlechter Ersatz

sein dürfte, kein wesentlicher Bestandtheil des vom Gesetz im Auge gehabten Falls sein kann, daß vielmehr

b) die ratio des ganzen Instituts — Sicherung dagegen bei mangelnder Vorsicht aber auch Verlust des Klagrechts ~~auf~~ das volle Interesse gegen denjenigen Nachbar, welcher durch an sich erlaubte, und andere Klagen nicht begründende Dispositionen über sein Eigenthum Schaden stiftet — ganz auf den vorliegenden Fall paßt, und daß endlich

c) ein ganz ähnliches Beispiel, wie das vorliegende, in der vom Kläger zur vermeintlichen Nachweisung einer Eigenthums-Beschränkung angezogenen L. 24. i. f. Dig. 39, 2. bedacht ist, wo es heißt:

„si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur."

Hat also Beklagter hinsichtlich seiner exceptio actionis non fundatae

I. das römische Recht allerdings in der Weise, wie er behauptet, für sich, ist solches

II. wie überhaupt so im gegenwärtigen Falle anwendbar, hat namentlich

III. der beklagte Müller hinsichtlich des Eingrabens an der Grenze seines Grundstückes weder contractlich übernommene Verbindlichkeiten, noch ein gesetzliches Verbot übertreten, und competirt somit Köhlern weder eine Contractsklage noch die utilis actio legis Aquiliae,

cf. Puchta am angef. Orte §. 346. S. 411.

stellt sich nun

IV. das Anführen Klägers in der Replick, fol. 26. daß er an der nicht erfolgten Kautionsbestellung keine Schuld trage, indem der Grund zum Erdeinsturz schon vor der

Zeit seines Besitzes gelegt gewesen sei, ohne daß weder er, noch seine Vorbesitzer dies hätten vermuthen können ꝛc.

wegen des offenbaren Widerspruchs mit dem ganzen auf Eid gestellten Klagvortrag, namentlich den fol. 2 ersichtlichen Worten:

„es war vorauszusehen, daß eine so schroffe Wand von solcher Höhe beim Eintritt nasser Witterung unmöglich haltbar seyn konnte, und so kam es denn, daß bereits im Frühjahre 1826 auf meinem Grund und Boden nach der mehr berührten Grenze zu eine Senkung sich zeigte ꝛc.

als unbeabsichtlich dar,

so geht aus allem diesen hervor, daß dem Kläger wegen des erlittenen Schadens überhaupt kein Klagrecht zustehe, mithin dessen Suchen nicht statt haben kann.

Aus diesen Gründen hat man, noch abgesehen von den weiteren Einwenden des Beklagten, wie vorsteht, zu erkennen sich bewogen gefunden.

V.

Der Anspänner Gottlieb Köhler von Oberlöda, seit dem 31. August 1835 Besitzer des väterlichen Anspannguts, welcher schon eit dem 20. September 1837 gegen den Anspanner Abraham Müller in Wiesenmühle wegen allzutiefen Eingrabens von Seiten des Letzteren an der Grenze ihrer unmittelbar aneinanderstoßenden beiderseitigen, auch von Beiden zur Torfgräberei benutzten Feldgrundstücke, und dadurch verursachten Erdeinsturzes mit einer Entschädigungsklage beim herzogl. Kr. Amte zu Altenburg aufgetreten war, und welchem der gedachte Müller vorzüglich die Einrede,

daß ihm keine Klage zustehe, weil er sich vorher keine cautio damni infecti habe bestellen lassen,

entgegengesetzt hatte, reichte am 5. Januar 1838 ein anderweites

Gesuch gegen Müller beym Amte ein, worin er vorzüglich Folgendes anführte:

Derjenige mir gehörige Platz, rücksichtlich welches ich mich mit gedachtem Müller im Prozeß befinde, liegt am sogenannten Wiesenberg hier von Oberlöda aus nach Abend zu rechts von dem Altenburg-Monstaber Communicationsweg, dermaßen, daß mein Grundstück die obere und höhere, das Müllersche Grundstück den niederliegenden Theil desselben umfaßt. Unmittelbar neben diesem strittigen Platz beginnt gedachter Abraham Müller in der Wiesenmühle gegenwärtig von Neuem sein Land in einer ungefähren Länge von 4 Ellen abzuräumen, d. h. die obere Erde zu dem Zweck abzunehmen und wegzuschaffen, um Kohle zu finden. In Folge dessen muß mein ebenfalls daran gelegenes Erdreich, ein Torfplan, wieder nachstürzen, und es bleibt mir dann bald von meinen ganzen Torfplanen nichts mehr, als zusammengestürzte Erde. In Begriff, daselbst einen Schacht anzulegen, muß ich seinen baldigen Einsturz mit nur zu großer Gewißheit fürchten, und sehe mich daher nunmehr auf Bestellung einer angemessenen Caution von Seiten Müllers anzutragen nothgedrungen. Der Nachtheil, welcher mir wieder bevorstehet, beträgt gewiß 200 Thlr. — — und da mein Interesse nur zu klar vorliegt, als daß es noch mehr darüber anzuführen bedürfte, so ersuche Ew. Wohlgeboren ich gehorsamst:

Ew. Wohlgeboren wollen sobald, als thunlich dem Imploraten Müller die sofortige Bestellung einer baaren Kaution von 200 Thlr. — — oder wie hoch solche sonst eintretenten Falls von Ew. Wohlgeboren erachtet werden sollte, in der Maaße aufzugeben die Gewogenheit haben, daß derselbe dadurch zum Ersatz

jedes mir durch sein jetziges Vorhaben etwa zu verursachenden Schadens unbedingt verbunden ist.

Auf dieses Gesuch fügte das Kreisamt, nachdem es vorher dem Imploranten Köhler nachstehenden Calumnien-Eid:

Ich Gottlieb Köhler, schwöre hiermit zu Gott dem Allmächtigen diesen theuern leiblichen Eid:

Daß ich, da Abraham Müller in Wiesenmühle neben jenem Platz, wegen dessen ich bereits mit ihm im Streit begriffen bin, sein Land von Neuem in einer ungefähren Länge von vier Ellen abräumt, für die Zukunft einen Nachsturz meines Erdreichs und daher einen dereinstigen Schaden von circa 200 Thlr. — — befürchte, und daß ich lediglich in dieser Besorgniß, und um mir für die Zukunft meine diesfallsigen Entschädigungsansprüche zu sichern, keineswegs aber in böswilliger oder hinterlistiger Absicht um gerichtliche Anweisung gedachten Müllers zur Bestellung einer Kaution auf die erwähnte Summe gebeten habe,

So wahr mir ꝛc.

hatte ableisten lassen, in der Weise, daß es dem Impetranten Müller mittelst einer am 16. Januar 1838 insinuirten Zufertigung aufgab:

die geforderte Kaution auf 200 Thlr. — — binnen 14 tägiger Frist, welche vom Zugange dieses an beginnt, zu leisten, und somit den Imploranten Köhler hinsichtlich der künftigen Vergütung des von ihm befürchteten Schadens sicher zu stellen.

Gegen diese Weisung kam Müller am 24. Januar 1838 mit folgender Vorstellung ein:

1) Da der Gegner kein periculum in mora behauptet habe, hätte er, Müller, jedenfalls erst gehört werden müssen.

2) Ein Beweis der dem Köhlerschen Gesuche untergestellten facta sei in der Ablegung des juramentum calumniae nicht enthalten, da letzteres schon seiner Natur nach nicht dazu geeignet, auch in vorliegender Eidesnotel das Factische der Imploration nur beiläufig als etwas schon Ausgemachtes angeführt sei.

3) Es nun aber ganz unwahr, daß er unmittelbar an den Köhlerschen Besitzungen abzuräumen beginne, vielmehr sei er noch 70 Ellen von der Grenze enfernt geblieben, und somit Köhlers Besorgniß ungegründet.

4) Die actio damni infecti sei nach

Thibaut Pand. Ausg. v. 1809 §. 585.

eine actio in factum, welche bei der geforderten Summe von 200 Thlr. — — ordinarie hätte tractirt werden müssen.

5) Köhler habe nicht nachgewiesen, ob er pro domino oder pro bonae fidei possessore besitze, letzteren Falls ihm nach bekannten Gesetzstellen kein Cautionsanspruch zustehe.

6) habe Köhler keine Zeit angegeben, auf wie lange Caution geleistet werden solle, was doch auch erfordert werde.

Thibaut §. 587. v. Wening-Ingenh. Civilr. § . 224

7) brauche er die Caution nicht durch Deposition einer Geldsumme zu leisten, da jeder, der ein dingliches Recht an der Schadendrohenden Sache habe, nur promissorisch cavire, und nur andere Personen z. B. Pächter ꝛc. Satisdation ꝛc. zu geben hätten.

Daß endlich ein zwischen ihm, Müllern, und den Zacharias Köhlerschen Erben in den früher vor der 2ten Abtheilung des Kreisamtes ergangenen Grenz-Irrungs-Acten enthaltenes pactum entgegenstehe, wornach unter andern Jedem gestattet sei:

bis unmittelbar an die Lang-Grenze die Braunkohlen herauszunehmen.

Er bitte daher, das erlassene mandatum sine clausula zurückzunehmen, und berufe sich für den Fall, daß letzteres für einen Bescheid — obgleich inaudita altera parte — angesehen würde, den letzteren noch innerhalb des decendii von der Rechtskraft entbindend, auf den höheren Ausspruch des herzogl. Landes-Justiz-Collegii aus folgenden Beschwerdegründen, weil er

1) ohne rechtliches Gehör,

2) zur Caution, und

3) baar auf 200 Thlr. — —

verurtheilt worden sei.

Das Amt nahm jedoch hierauf die erlassene Zahlungsauflage nicht zurück, bestimmte vielmehr in Fügung auf die für diesen Fall eingewandte Appellation den 12. Februar 1838 zum Tage des Berichtsabgangs.

Nachdem hierauf Köhler unterm 12. Februar eine Gegenschrift zu den Acten gegeben, und darin namentlich ausgeführt, wie

ad 1) und 2) ein weiterer Nachweis seiner factischen Anführungen nach einmaliger Ablegung des juramentum calumniae nach.

fr. 13, §. 3. Dig. de damn. inf. (39, 2.)

gar nicht erforderlich, auch

ad 3) keineswegs von ihm behauptet worden sei, daß rc. Müller unmittelbar an seinen rc. Köhlers Besitzungen, sondern nur, daß er unmittelbar an dem streitigen Platz wieder abräumen lasse, in welcher Hinsicht daher die Entfernung von der Grenze, ob zu 4 oder zu 70 Ellen nichts relevire, wie

ad 4) rücksichtlich der Form der ausgebrachten Caution der von rc. Müller prätendirte Ordinarprozeß nicht allein zweck-, sondern auch gesetzwidrig sei,

L. 1. Dig. de damn. inf. (39, 2.) Puchta über die gerichtlichen Klagen, besonders in Streitigkeiten der Landeigenthümer §. 158,

wie ferner

ad 5) auch dem bonae fidei possessor Cautionsanspruch zustehe, cf. Hesse de cautione damni infecti Jenae 1837, p. 53—57.

ad 6) die adjectio diei lediglich dem richterlichen Ermessen anheimgestellt sei,

fr. 13. §. ult. fr. 15. pr. Dig. eod.

wie auch

ad 7) aus der für gewöhnlich vorgeschriebenen promissorischen Cautionsbestellung noch nicht folge, daß nicht auch Realkaution im einzelnen Falle verlangt und geleistet werden könne,

und wie endlich

ad 8) das angezogene pactum gar nicht hieher gehöre, vielmehr dessen Inhalt ganz anderer Art sei, als Appellant simulire;

wurden die Acten vom Amte unterm 21. Februar 1838 dem Herzoglichen Landes-Justiz-Collegium mittelst Bericht übersendet, welcher letztere nach Vorausschickung des Nöthigen über den Hergang der Sache vorzüglich Folgendes enthielt:

Zu einem refutatorischen Bericht ist der vorliegende Fall nicht geeignet, es bezweckt daher dasjenige, was hier nachstehend kurz erwähnt wird, lediglich die Gründe darzulegen, welche das Amt zu dem von ihm beobachteten Verfahren bestimmten.

Will der Beschädigte in einem dem gegenwärtigen gleichen Fall vom Gegner mit Erfolg Ersatz des ihm betreffenden Schadens fordern, und resp. nicht den in concreto oft lächerlichen Dispositionen des Aquilischen Gesetzes sich hingeben, so ist er bekanntlich durch die hier allein anwendlichen Römischen Gesetze an-

gewiesen, von dem Gegner cautio de damno infecto zu fordern, und auf diesem Wege eine Stipulation zwischen sich und dem letzteren zu erzeugen, auf welche er seine zu erhebende Entschädigungsklage zu gründen vermag. Eine nach dem sonst für Partheisachen allgemein geltenden Grundsatz audiatur et altera pars, vorher einzuleitende processuale Verhandlung ist nirgends vorgeschrieben und darum kaum denkbar, weil jetzt in der Hauptsache nicht erkannt werden soll, sondern der alleinige Zweck vorliegt, den, der von dem Gegner einen Schaden befürchtet, zur künftigen Erhebung einer Schadensklage formell zu befähigen. Die Rechtslehrer, von welchen ich unter den ältern nur

Hellfeld: jurispr. for. §. 1678.
Schilter: exerc. ad Pand. tit. de damno infecto th. 34.
Wernher: observ. p. 7. obs. 69.
Schaumburg: Einl. zum sächs. R. 3 Thl. S. 1. Exrc. 5. §. 9.

erwähne, sind einmüthig und im Einlaut mit den unzweideutigsten Gesetzstellen

L. 7. princ. Lex 13. §. 3. Dig. de damno infecto.

der Meinung, daß dem Imploranten lediglich obliege, den ihm imminirenden Schaden zu bescheinigen, und wo es an dieser Bescheinigung mangele, an deren Stelle den Eid für Gefährde zu leisten.

Kann demnächst in dem gegenwärtigen Fall von den Formen des ordentlichen Prozesses um so weniger die Rede sein, als sich dann leicht zutragen würde, daß der vom Imploranten befürchtete Schaden zur Existenz käme, ehe ihm die Fähigkeit, mit Wirksamkeit auf den Ersatz zu klagen, zu Theil würde, so ist nicht abzusehen, aus welchem Grunde die dem Imploraten gesetzte Frist von 14 Tagen zu eng gestellt sein sollte, wie denn auch demselben in der, in Hinsicht auf die Art der Sicherheitsleistung unbestimmten Intimation fol. 4 nachgelassen bleibt, in welcher rechtlich beabsichtigten Weise er dieselbe bestellen wolle.

War im Uebrigen und endlich auch mir nicht unbekannt, daß in der Regel dergl. Cautionsbestellungen auf gewisse Zeit beschränkt werden, so schien mir dieses doch auf den ebenso regelmäßigen Fall anwendbar zu sein, wo das, wogegen oder wofür der Implorat Sicherheit leisten soll, in faciendo besteht, z. B. in der Refection eines ruinösen Gebäudes, nicht aber wenn der Gegenstand der Cautionsleistung in omittendo bestehet, wie hier. Denn in diesem Falle kann der Implorat die Besorgniß erregende Handlung unterlassen bis zum Umgang der Kautionsdauer, dann aber augenblicklich Hand an das Werk legen, ehe die Erneuerung der Intimation zur Cautionsleistung möglich war, und so den Imploranten außer Klagfähigkeit setzen.

ꝛc. ꝛc.

Hierauf ging am 10. März 1838 folgendes Rescript des Herzogl. Landes-Justiz-Collegii ein:

Im Namen ꝛc.

Es ist Uns vorgetragen worden, was das Herzogl. Kreisamt 1. Abtheilung hier mittelst Berichts von $\frac{2}{2}\frac{1}{3}$ten v. M. unter Beischluß zweier anbei zurückfolgender Actenbände in der rubricirten Angelegenheit zu unserer Cognition gebracht hat, auch ersiehet das Kreisamt aus der abschriftlichen Beilage, was der Impetrat Müller bei Uns unmittelbar in der Sache vorgestellt und gebeten hat.

Ist es nun allerdings bis jetzt der Rechtsdoctrin noch nicht gelungen, die Stellen des römischen Rechts über die cautio de damno infecto, an welche bei Ermangelung particularrechtlicher Bestimmungen die Richterbehörden hiesiger Lande noch heut zu Tage gewiesen sind, allenthalben aufzuklären, und in Einklang zu bringen, so ist doch jedenfalls zunächst so viel gewiß, daß hierbei von den Formen des ordentlichen Processes gänzlich abzusehen sei, daß sogar die blose Ableistung eines Gefährdeeides von Seiten des Impetranten genüge, um die richterliche Auferlegung einer cautio de damno infecto überhaupt zu rechtfertigen.

Die angesehensten Rechtslehrer sind in diesem Punkte, gestützt auf

L. 7. pr. L. 13. §. 3. D. de damno infecto.

einverstanden. — In so weit können Wir also der von dem Herzogl. Kreisamte in der vorliegenden Angelegenheit ausgesprochenen und befolgten Ansicht unsere entschiedene Billigung nicht versagen.

Fragt es sich nun aber weiter, von welcher rechtlicher Natur die cautio de damno infecto überhaupt sei, welche den Gegenstand des angezogenen und von dem Herzogl. Kreisamte selbst als Norm und Rechtfertigung seines Verfahrens betrachteten Pandectentitels ausmacht, so ist die Tendenz dieses Instituts näher ins Auge zu fassen. Vollkommen richtig ist die in dem Berichte des Herzogl. Kreisamtes entwickelte Ansicht, daß der Zweck jener durch das prätorische Recht eingeführten cautio de damno infecto in so weit solche der Eigenthümer eines angrenzenden Grundstückes wegen des letztern besorgt hat, darin bestehe, für diesen einen Rechtsgrund zu gewinnen, auf welchen er sich stützen könne, um bei später wirklich erfolgter Beschädigung seines Grundstücks einen Indemnisations-Anspruch geltend zu machen, welchen ihm außerdem das strengere Civilrecht versagt haben würde.

Diesen Rechtsgrund soll ein dem Eigenthümer des Schaden drohenden Werkes abzulegendes Versprechen an die Hand geben, daß der Schaden, wenn und in wie weit er sich wirklich ereignet, dem Beschädigten ersetzt werden solle.

L. 7. D. eodem.

Daß dieses Versprechen aber in der Regel eine nuda promissio d. h. ein ohne Gewährung irgend einer realen Sicherheitsbestellung gemachtes eventuelles Angelöbniß sein solle, darüber kann bei dem Inhalte der unzweideutigsten Gesetzstellen, u. a. namentlich

L. 1. D. de stipulationibus praetoriis (46, 5.)

und bei der einstimmigen Meinung bewährter Rechtslehrer u. a., namentlich

Thibaut System des Pand. R. 5. Ausgabe §. 587.
Haenel über den Schadensersatz §. 66.
C. G. Schmidt Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 1233.

nicht gezweifelt werden. —

In der That genügt auch eine Caution dieser Art, um dem angedeuteten Hauptzwecke des Instituts zu entsprechen; und es würde auch außerdem nicht zu erklären sein, daß die Gesetze zu Begründung eines derartigen Cautionsgesuchs keineswegs einen Beweis der von dem Impetranten diesfalls angeführten Thatsachen, sondern lediglich einen von demselben abzulegenden Calumnieneid erheischen.

Sollte jene Kaution in etwa Mehrerem bestehen, als in einem bloßen seiner rechtlichen Wirksamkeit nach von der Existenz und dem Beweise der vom Gegentheil diesfalls behaupteten resp. gefürchteten Ereignisse abhängigen, und entgegengesetzten Falls völlig unnachtheiligen Versprechen, so würden die Gesetze den Richter nicht ermuthiget haben, sofort nach Ableistung des Gefährdeeides Seiten des Impetranten und ohne rechtliches Gehör des Impetraten mithin unter Beiseitesetzung eines wesentlichen Proceßbestandtheils diesen zur Bestellung der fraglichen Caution anzuhalten.

In dem vorliegenden concreten Fall ist nun aber von dem Impetranten Köhler mehr beantragt worden, als in dem vorerwähnten gesetzlichen Begriffe der cautio de damno infecto liegt. Nach

Be. 2. der betr. Acten

ist das petitum zugleich auf Bestellung einer baaren Kaution gerichtet. Der Impetrant will also nicht allein einen Rechtsgrund für einen künftigen Entschädigungsanspruch gewinnen, sondern verlangt auch die Gewährung eines realen Objects, welches ihm die Möglichkeit der Realisirung dieses Anspruchs sichern soll.

Zur Substantiirung und Rechtfertigung eines solchen für den Impetraten ungleich präjudiciellern Antrages gehört aber jeden-

falls und abgesehen von der Frage über die Statthaftigkeit eines solchen Antrags an sich, mehr als in dem gegebenen Falle von dem Impetranten beigebracht und bewerkstelliget worden ist.

Erstens würde nämlich hierzu erforderlich sein, daß der Impetrant, wenn auch nicht einen vollen juristischen Beweis, doch eine gewisse Probabilität für das Vorhandensein derjenigen factischen Momente gewähre, welche ihm zu der von ihm geäußerten Besorgniß Veranlassung geben. Die bloße Ableistung des Calumnieneides aber kann, wenn auch, wie im vorliegenden Falle geschehen ist, der Impetrant dabei zugleich indirect die Existenz jener Thatsachen beschworen hat, als eine genügende derartige Bescheinigung nicht angesehen werden.

Zweitens würde es für nöthig erachtet werden müssen, daß der Impetrant solche in den persönlichen oder Vermögensverhältnissen des Impetraten liegende Momente anführe und wahrscheinlich mache, welche die Exigibilität seiner (des Impetranten) vermeintlichen Forderung ohne die von ihm verlangte Kaution als gefährdet erscheinen ließen.

Daß auch dieß als nothwendige Bedingung für die Gewährung eines solchen Antrags zu betrachten sei, kann nicht bezweifelt werden.

Wenn nämlich schon zur Begründung eines Verkimmerungsgesuches, welches dahin gerichtet ist, zur Sicherung eines Executionsobjects wegen einer von dem Impetraten behaupteten Personalforderung den Impetraten in der freien Verfügung mit seinem Eigenthume zu behindern, die erstere wie die letztere Bedingung erfüllt sein muß;

Langenn und Kori Erläuterungen practischer Rechtsfragen, 2. Theil S. 187,

so muß dieses noch entschiedener in Fällen der vorliegenden Art gelten, wo von dem Impetranten nicht bloß, wie dort verlangt wird, daß er sich leidend verhalte, sondern von ihm vielmehr die

Erfüllung einer positiven, mithin präsumtiv noch lästigeren Leistung, die eigene Bestellung einer Realkaution nämlich, angesonnen worden ist.

In dem concreten Falle hat nun der Impetrant solche factische Momente gar nicht angeführt und behauptet, welche die Möglichkeit der Realisirung seiner vermeintlichen Forderung für den Fall seines zur Zeit noch völlig ungewissen rechtlichen Obsieges zweifelhaft machen könnten. Auch ergeben sich Umstände dieser Art sonst nicht aus den Acten. Im Gegentheile aber wird der Impetrat darin als Anspannegutsbesitzer, mithin als der Eigenthümer eines Immobiliarbesitzthums bezeichnet, welches im Verhältniß zu dem von dem Impetranten selbst angegebenen ungefähren Betrage seiner behaupteten Forderung dem Impetranten präsumtiv mehr als hinlänglich dießfallsige Sicherheit darbietet. Es konnte dem Bisherigen zu Folge dem

Bl. 2. der betr. Acten

formirten Antrag des Impetranten Köhler sofort in der gebetenen Maaße nicht gefügt, es mußte vielmehr die dem Impetraten Müller angesonnene Bestellung einer cautio de damno infecto, so lange als nicht den zuletzt erwähnten beiden Bedingungen Genüge geschehen, abgesehen davon, ob denselben überhaupt Genüge geschehen konnte, streng auf die diesfalls gesetzlich gerechtfertigte rein promissorische Kaution beschränkt werden.

Vergleichen Wir nun hiemit die von dem Herzogl. Kreisamte unterm 13. Januar d. J.

Bl. 4 d. Act.

an den Impetraten erlassene Auflage, so ist darin und zwar nach Inhalt des eingangserwähnten Berichtes dieser Behörde absichtlich von Bestellung einer baaren Kaution abgesehen worden. Allein auch mit dieser Einschränkung geht diese den Impetranten gravirende Auflage über die Natur der gesetzlich begründeten cautio de damno infecto und zwar in so fern hinaus, als dieselbe nicht wohl anders ausgelegt und verstanden werden kann, als so: daß dem

Impetraten aufgegeben werde, in dem bestimmten Betrage von 200 Thlr. —— dem Impetranten, wenn auch nicht gerade durch Einzahlung baaren Geldes, doch auf andere Weise, also vielleicht durch Bürgen oder Pfandbestellung ein wirklich reales d. h. nicht allein den Anspruch des Impetranten rechtlich begründendes, sondern auch dessen Befriedigung sicherndes Object zu gewähren.

Müssen Wir Uns daher allerdings veranlaßt sehen, jene durch die eingewendete Appellation des Impetraten von ihrer Rechtskraft entbundene Auflage in geeigneter Weise zu modificiren, so haben Wir uns dagegen nicht bewogen finden können, der Intention des Appellanten gemäß das ganze von dem Kreisamte in dieser Sache beobachtete Verfahren als nichtig aufzuheben, und ebenso wenig können Wir schon jetzt in dem von dem Impetraten vorgeschützten, zwischen ihm und dem Impetranten

nach Beb. 15. folg. d. A.

bestehenden Vertragsverhältniß ein Moment erkennen, aus welchem die absolute Unstatthaftigkeit eines der fraglichen Braunkohlengräberei halber von Köhlern wider ihn zu erhebenden Entschädigungs-Anspruches zu folgern wäre.

Dieses Vertragsverhältniß liegt nämlich zur Zeit, und namentlich bei den vom Gegentheil hierüber bewirkten Auslassungen

Bl. 24. der betr. Acten u. Blatt 12, 26b. der Beiacten

keineswegs klar genug vor, um ein sofortiges bestimmtes Urtheil über seine Erheblichkeit zu gestatten.

Aus allen diesen Gründen haben Wir beschlossen, den Imploraten Müller zu der von ihm verlangten cautio de damno infecto in der Maaße anhalten zu lassen, daß derselbe sich mittelst einfachen Versprechens anheischig mache, den Impetranten in so weit zu entschädigen, als der Letztere durch die

nach Bl. 1b. der betr. Act.

angeblich stattgefundenen, zur Zeit nicht erwiesenen, und von dem Impetraten in Abrede gestellten Unternehmungen des Impetranten angrenzenden Grundstücke wirklich erleiden werde, es bleibt aber

dem Impetraten für diesen Fall vorbehalten, aus dem vorerwähnten Vertragsverhältniß dasjenige, was er zur Beseitigung seiner diesfallsigen Verbindlichkeit mit Bestande Rechtens für sich ausführen zu können vermeint, im geeigneten Rechtswege geltend zu machen.

In so weit sich durch die gegenwärtige oberrichterliche Schlußfassung die Appellation des Impetranten Müller nicht erledigt, wird selbige, wie hiermit geschiehet, verworfen.

Die in der Appellations-Instanz entstandenen Kosten sind unter den Parteien zu compensiren.

Das Herzogliche Kreisamt hat gegenwärtiges Rescript den Partheien zu eröffnen, und das weitere Nöthige hiernach zu verfügen.

Altenburg, am 3. März 1838.

Herzogl. Sächs. Landes-Justiz-Collegium das.

Druckfehler.

Seite	12	Zeile	5	von	unten	ist *cum* zu lesen statt *eum*.
—	17	—	2	—	oben	— manches — anches.
—	18	—	4	—	unten	— *judicis* — *judicio*.
—	20	—	6	—	unten	— *jusjurandum* — *usjurandum*.
—	21	—	21	—	oben	— *magis* — *majis*.
—	22	—	3	—	unten	— 21.) — 20.)
—	23	—	17	—	oben	— *rem* — *re*.
—	24	—	1	—	unten	— *Glossa* — *gaslos*.
—	25	—	4	—	unten	— Ingenheim — Engenheim.
—	26	—	15	—	oben	— *aquae pluviae arcendae* — *aq. pluv. arc.*
—	27	—	17	—	oben	— *fluminis* — *ftuminis*.
—	29	—	1	—	unten	— *quod* — *puod*.
—	31	—	12	—	unten	— Servitutberechtigte-Servitutsberechtigte.
—	33	—	15	—	oben	— Daß — der.
—	—	—	1	—	unten	— *de* — *sic*.
—	—	—	3	—	unten	— *infecti* u. *arcendae* — *infecto* u. *accendae*.
—	34	—	7	—	oben	das Komma nach Beklagte weg.
—	35	—	4	—	unten	— *operis* — *oporis*.
—	42	—	15	—	oben	— einer — eines.
—	47	—	4	—	oben	— *et* — *ut*.
—	53	—	7	—	oben	— *haec* — *hace*.
—	54	—	12	—	unten	— fremdem — fremden.
—	56	—	7	—	unten	— *sub* 4. — *sub* 5.
—	57	—	3	—	unten	— . — :
—	59	—	4	—	oben	— *causam* — *causum*.
—	63	—	5	—	unten	— abgibt — abgiebt.
—	70	—	2	—	unten	— Ingenheim — Inginheim.
—	71	—	3	—	oben	— 33. — 32.
—	—	—	3	—	unten	— *Cujacius* — *Cajacius*.
—	90	—	9	—	unten	— Gegenstände — Gegenstäude.
—	96	—	15	—	oben	— *quantitatem* — *quanditatem*.
—	96	—	13	—	unten	— und dem — und den.
—	102	—	5	—	unten	— hinzuzufügen §. 10.
—	103	—	1	—	oben	— *traditionem* — *tratitionem*.
—	107	—	7	—	oben	— ausdrücklich — ausdrückeich.
—	116	—	10	—	oben	— erbötig — erböthig.
—	118	—	2	—	oben	— *accquisitiones* — *acquissitiones*.
—	122	—	2	—	unten	— Savigny — Suvigny.
—	126	—	13	—	unten	— *fiat* — *fiiat*.
—	131	—	12	—	oben	— wahrscheinlich — nicht wahrscheinlich.
—	139	—	4	—	oben	— positive — possitiv.
—	140	—	9	—	oben	— Werkstatt — Werkstadt.
—	144	—	4	—	oben	— Maaße — Masse.
—	—	—	7	—	oben	— in die — in der.
—	—	—	14	—	oben	— fühlten — fühlen.
—	153	—	9	—	oben	— positiv — possitiv.

Register.

A.

Seite.

Abwesende, Verfahren gegen dieselben 21
Accursius 71
Acquisitio civilis und *naturalis* 118
Actio aquae pluviae arcendae 12
— *communi dividundo* 110
— *damni infecti* 12. 17
— *de pauperie* 9
— *ex stipulatu, cautione interposita* 95
wird mehrere Male erhoben 98
gegen wen und von wem? 99
Actio in factum anstatt der Caution 48
bei verweigerter Caution 127
auf was sie geht 128
von wem und gegen wen sie angestellt wird . . 129
kommt in der *lex de Gallia cisalpina* ganz allein an Stelle der *missiones* vor 130
in magistratus 19
Actio legis Aquiliae 9
Actiones populares 6
Actio Publiciana, siehe *Publiciana*.
Actiones noxales 9

Seite.
Adjudicatio 118
Aedium vitium 23. 81
Aequitas Fundament der Caution 10
Ager 24
Anlagen 29. 37. 38
Arbores Gegenstand der *cautio damni infecti* 25
Auftrag 88

B.

Bäume, s. *arbores.*
Bauen, Bauten 38
Bedingungen der Caution 45
subjective und objective . . . . —
Bonae fidei possessor ist berechtigt 65. 70
ist verpflichtet zur Caution 82
Bürgen, mit der *actio ex stipula* belangt 99

C.

Calumnieneid 20. 63. 137
Canonisches Recht, über die Immission 120
Casus 8
Casueller Schaden 49
Caution, Begriff 16
Arten . . . . —
Cautio de damno infecto, Wesen derselben 17
Grund und Grenzen derselben 10. 35
Ursprung aus dem Edict 15. 16. 17
Zeit der Entstehung 15
Cautio necessaria 42. 43
Cautio usufructuaria 34
Communio incidens bei den Immissionen 110
Cavere, Bedeutung 13
Compensatio 18
Conditiones, s. Bedingungen.
Conventionalkautionen 40
Creditor pigoraticius, s. Pfandgläubiger.
Culpa und *custodia* 67. 68

D.

Seite.

Damnum, Begriff und Ursache desselben 8

Verschiedene Arten, das *damnum* zu verfolgen 9

Damnum emergens — privativum 96

Damnum infectum 8

— *futurum* 45

— *praeteritum* 48

— *quod injuria fit* 49

Denuntiari 21

Detention des *missus ex primo decreto* 111

Dies stipulationi insertus 93

Dies, intra quem stipulari debemus 92

Diligentia 67. 68

Dominium duplex 64

bonitarium 117. 118

quiritarium 118

Dominus, s. Eigenthümer.

Düngerplatz 36

E.

Edictum 15. 17

Edictum perpetuum 13

Eid, s. *jus jurandum*.

Eigenthümer, berechtigt zur Caution 65

verpflichtet, sie zu leisten 82

Emphyteuta, berechtigt, die Caution zu fordern 65

verpflichtet, sie zu leisten 82

Exceptio damni futuri 31. 34

F.

Fälle der Anwendung der Kaution 23

Faustpfand s. *pignus*.

Fidejussores 18. 99

Fiscus semper est solvendo 122

Fructuarius, s. Usufructuar.

Fundus, Begriff 24

G.

Seite.

Geschichte der *cautio damni infecti* 11
Gläubiger s. Pfandgläubiger.
Graben, Gegenstand der Kaution 37
Grenzen und Grund der Kaution 35

Handlungen, einzelne, Gegenstand der Kaution 37
Heredes ex jure civili — ex jure praetorio 129

J.

Id quod interest 96
Immissionen, Begriff 104
Entwicklung aus dem Noxalverfahren 105
Allgemeine Grundsätze darüber 109
Immissio ex primo decreto 111
ex secundo decreto 113
heutige Anwendung derselben 124
Infectum, Begriff des 12
In integrum restitutio bei den *missiones* 122
Interdicta prohibitoria 30
werden wegen nicht geleisteter Kaution versagt . . . 107
Interdictum de damno dato ob cautionem non interpositam . . 48
Interdictum, ne vis fiat 112. 126
Interdictum quod vi aut clam 108
unde vi 127
Inquilini dürfen Kaution verlangen 69
Inquisitio localis 95
Interesse, s. *id quod interest.*
Judicis postulatio 13
Jurisdiction 19
Jus jurandum calumniae 20
Jus publicum 5

L.

Seite.

Legis actio beim *damnum infectum* 13
Legis actiones 14
abgeschafft 15
Leges Juliae 15
Lex aebutia . . . . —
Lex de Gallia cisalpina 16. 129
Loci vitium 24. 81
Locus 24
Lucrum cessans 96

M.

Malae fidei possessor 70
Missiones in rem, s. Immissionen.
Motiv zur Erweiterung der Anwendbarkeit der Kaution . . . 30
Mobilien, Gegenstand der *actio ex stipulatu* 98
Municipes 122
Municipalbeamte 19. 130

N.

Natuarle vitium 25
Novum opus 29
Noxalklagen 82. 84
Nuntiatio novi operis 108

O.

Operis vitium 28. 38
einzelne Fälle desselben 32
Verpflichtung zur Kaution daraus . . . 81. 86
Opus, Begriff 28. 37

P.

Paries communis 40. 44
Pauperies 9
Pfandgläubiger, berechtigt die Kaution zu fordern 68

Seite
Pfandgläubiger, verpflichtet, sie zu leisten 83
Pfandrecht, erlischt durch die *missio ex secundo decreto* . . 121
Possessorische Rechtsmittel hat der *missus* nicht 126
Praedium urbanum und *rusticum* 121
Praedia vicina 62. 134
Precario, wer also besitzt, ob er Kaution verlangen kann . . 70
Pretium affectionis 97
Procuratores 69
Proprietar 82. 83
Publiciana actio 89. 106. 127

R.

Rechtsfälle 137
Rei vindicatio des *nudum jus Quiritium* 119
Repromissio 89
Res vicinae s. *praedia vicina*.
Res immobiles . . . . 62. 134.
Restipulatio 40
Restitutio in integrum 120
Retentionsrecht am Ueberfall 47
Retentionsrecht des Usufructuars 84

S.

Sachverständige 22
Sacramenti actio 13. 14
Satisdatio 89
Schaden, s. *damnum*.
Servituten 10
Servitus oneris ferendi 10
Socius 60
Stipulationes 16
praetoriae, Begriff 17
Eigenthümlichkeiten 18
Stipulationes judiciales. communes, conventionales . . . 17
Subsidiär, Begriff 52

Seite.
Subsidiarität der *cautio damni infecti* 51
Superficiar, berechtigt zur Kaution 65
verpflichtet, sie zu leisten 82

T.

Tag, s. *dies.*
Taxation des Interesse . . . . 96. 129.
Traditio 68

U.

Uebergang der *actio ex stipulatu* auf die Erben 100
Ungehorsam gegen den Richter im Fall einer *cautio damni infecti* 21. 137
Urtheile 138–142. 144
Usucapio 118. 119
Usufructuar, berechtigt zur Kaution 68
verpflichtet, sie zu leisten 83
Verhältniß desselben zum Proprietar . . . 84
kann er vom Proprietar Kaution fordern . . 60

V.

Vectigale praedium 121
Geschichte der Vectigaläcker 122
Verfahren bei der *cautio damni infecti* sonst 19
heutiges 21. 133
Verschiedenheit der *cautio* hinsichtlich des Verpflichtungsgrundes . 39
Vitium, Begriff 38
Vitium loci publici 33
Voraussetzungen der Kaution, s. Bedingungen.

W.

Wasserlauf, natürlicher 26
Wasserrinnen 36
Wege, öffentliche 32

Seite.

Wirkungen { der geleisteten / der verweigerten } Kaution { . . . . . 92 / 103

und zwar bei *operis vitium* 106

bei *aedium et loci vitium* 108

3.

Zufall s. *casus.*

D. Knode.

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Hesse, Ch. A.,

Die 'Cautio damni infecti' nach römischen Principien

Leipzig 1841

J.rom.m. 248 ha
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566766-2